

الجمهورية العراقية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

القانون الدولي الجبل

الجنسية، المواطن، مركز الامتياز واعطاءه في القانون العراقي

الجزء الاول

تأليف
الاستاذ المشارك الدكتور غالب علي الداودي
الاستاذ الدكتور حسين محمد الهادي

11/11/11

11/11/11

11/11/11

11/11/11

11/11/11

المقدمة

عندما باشرت بالتدريس في الجامعات الأردنية عام ١٩٩١م لاحظت غياب مؤلفات أردنية في موضوعات القانون الدولي الخاص والاعتماد على مؤلفات عربية غير أردنية في كليات الحقوق، وكان الطالب والأستاذ في موقف صعب ومعاناة حقيقية، ولذلك عقدت العزم على وضع مؤلفات أردنية في موضوعات هذا الفرع الحساس من فروع القانون الخاص الذي تتنامى وتزداد أهميته يوماً بعد يوم في العصر الحديث كلما ازدادت العلاقات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياحية وحركة التنقل والتجارة بين شعوب العالم.

وبعون من الله أثمر هذا العزم فصدر مؤلفي الموسوم بـ (القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية . دراسة مقارنة) في بداية عام ١٩٩٤م ودرس في بعض الجامعات الأردنية ثم واصلت العزم بإصرار وإرادة رغم الصعوبات المادية والمعنوية التي واجهتني وتواجهني في التأليف، فوضعت هذا الكتاب في موضوعات (تنازع الاختصاص التشريعي الدولي) و (تنازع الاختصاص القضائي الدولي) و (تنفيذ الأحكام الأجنبية) ليأخذ طريقه إلى أيدي طلبتنا الأعزاء في الجامعات الأردنية، وقد درس في قسم القانون بجامعة اليرموك وفي كلية الحقوق بجامعة الإسراء الأهلية وكلية الحقوق بجامعة جرش الأهلية وكلية الحقوق بجامعة إربد الأهلية وكلية الحقوق بالجامعة الأردنية وكلية الحقوق بجامعة فيلادلفيا الأهلية وكلية الحقوق بجامعة الزيتونة الأهلية.

وسوف أبذل الجهد والعمل الدؤوب لتأليف الكتاب الثالث في (المركز القانوني للأجانب والمواطن) وفقاً للقانون الأردني إن شاء الله.

الدكتور

غالب الداودي

باب تمهيدى

تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وخصائصه ومصادره وموضوعاته
نظراً لحدثة نشأة القانون الدولي الخاص وتعدد موضوعاته وتنوع مصادره، فقد اختلف الشراح حول تعريفه وموضوعاته ومصادره وطبيعة قواعده، وسنشرح هذه المسائل تباعاً لتمكين القارئ من الوقوف على تفاصيلها.

الفصل الأول

تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وموضوعاته

اختلف الشراح بصدد تعريف القانون الدولي الخاص ومصادره وتطوره تبعاً لاختلافهم حول الموضوعات التي يشملها هذا القانون وطبيعة وخصائص قواعده، مما يقتضي شرح هذه المواضيع بالتفصيل، وذلك ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول

تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وموضوعاته

اختلف الشراح حول تعريف القانون الدولي الخاص بسبب حداثة نشأة هذا الفرع من القانون وتنوع موضوعاته ومصادره. ففي صدد الموضوعات التي يتناولها والتعريف المستمد منها، يمكن تلمس تصورين، يقصر أولهما دراسة للقانون الدولي الخاص وموضوعه على مسألة تنازع القوانين فقط (تنازع الاختصاص التشريعي)، ولذلك يتخذ أنصار هذا الاتجاه من عبارة (تنازع القوانين) عنواناً لمؤلفاتهم في هذا المساق بدلاً من اسم (القانون الدولي الخاص)، ويسود هذا الاتجاه في إيطاليا وألمانيا. ووفقاً لهذا الاتجاه يمكن التعرف على هذا القانون من خلال (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد) التي تعين القانون الواجب تطبيقه (القانون المختص) على الواقعة المعروضة أمام القاضي من بين قوانين عدة دول تتنازع على حكم قضية مشوبة بعنصر أجنبي، وعلى هذا الأساس يعرف القانون الدولي الخاص بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي). ومن الشراح العرب الذين يؤيدون هذا الاتجاه، نذكر الدكتور شمس الدين الوكيل من مصر^(١).

وفي الدول الاتجלו سكسونية لا يقتصر تعريف القانون الدولي الخاص وموضوعه على تنازع القوانين فقط، بل يشمل تنازع الاختصاص القضائي الدولي أيضاً لتحديد مدى اختصاص محاكم الدولة في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي. لأن النزاع المحتمل ظهوره بين قوانين عدة دول بشأن علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يمكن أن يدخل في نطاق اختصاص محكمة أكثر من دولة واحدة لاتصال أحد عناصر تلك العلاقة بها، مما يستلزم تحديد المحكمة المختصة برؤية هذا النزاع أيضاً. وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تعين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي). ومن الشراح العرب الذي يؤيدون هذا الاتجاه الدكتور آدمون نعيم من لبنان والدكتور مرتضى نصرالله

(١) أنظر الدكتور شمس الدين الوكيل - الجنسية ومركز الأجانب - الاسكندرية / ١٩٦٠، ص ٩.

من العراق^(١).

وهناك اتجاه آخر يصور القانون الدولي الخاص بشكل أوسع بحيث يشمل إضافة إلى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية أيضاً. ويسود هذا الاتجاه في الفقه القانوني اللاتيني المتبع في فرنسا والدول الأخرى التي تحذو حذوها في التشريع، مثل الأردن والعراق ومصر وسوريا ولبنان.

فالمؤلفات في القانون الدولي الخاص ومفردات مادة القانون الدولي الخاص التي تدرس في جامعات هذه الدول تضم فضلاً عن أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، أحكام الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية أيضاً، وبذلك يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي، وتحدد الموطن والجنسية والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي)^(٢). ونحن بدورنا نؤيد هذا التعريف لشموليته وانصرافه بوضوح إلى موضوعات ذات صلة وترابط ببعضها في القانون الدولي الخاص.

وعلم القانون الدولي الخاص ليس بقديم، بل هو حديث النشأة، فالعالم القديم لم يكن يعرفه، لأن كل دولة كانت لها قوانينها الخاصة التي لا تقبل المزاحمة، وكانت الدول تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة وتطبيق قوانينها على جميع الميّنات والأشخاص في إقليمها من جهة، ولا يعترف بمركز قانوني للأجانب من جهة أخرى. فالأجنبي لم يكن صاحب حق في غير دولته. وغير معترف له بالشخصية القانونية، وكان هو والرقيق سواء يصلح أن يكون موضوعاً للحق لا صاحباً له، وإذا وقع خلاف بينه وبين شخص آخر في غير دولته لا يستطيع مراجعة القضاء للمطالبة بحقه أو بالتعويض عن ضرر أصابه من جراء فعل الآخرين. وهكذا لم يكن هناك تنازع قوانين أو تنازع اختصاص قضائي دولي أو مركز قانوني للأجانب أو جنسية بالمفهوم الحالي. فالفلسفة التي كانت سائدة آنذاك هي أن المدينة جماعة تربطها وحدة العبادة، فلا يتمتع قوانينها ولا يكتسب الشخصية القانونية ولا يتمتع بالحقوق فيها إلا وطنيها. وكان هذا المبدأ سائداً عند اليونان والرومان والدول الإقطاعية في أوروبا وفي الصين قديماً. ففي اليونان عبر (أيزوقراط) عن ذلك بقوله: (إن الفرق بين اليوناني والأجنبي كالفرق بين الإنسان والحيوان). وكانت القوانين اليونانية لا تمنح الأجانب أية حقوق أو حماية ولو امتدت إقامتهم فيها سنوات طويلة. وكان يطبق بشأنهم نظام الضيافة وبموجبه كان يقبل الأجنبي في ضيافة يوناني، فيتمكن بذلك من التعامل مع اليونانيين. كما عقدت دول المدن اليونانية اتفاقيات فيما بينها سمحت بإقامة

(١) أنظر الدكتور آدمون نعيم - القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان - بيروت / ١٩٦١، ص ١٤. والدكتور مرتضى نصر الله - مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري - مطبعة النعمان - النجف الأشرف / ١٩٦٢، ص ٦ - ٨.

(٢) أنظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية والموطن والمركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي. الجزء الأول - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢، ص ١٠ - ١١.

علاقات تجارية بين رعاياها^(١).

ولما انقرضت دول المدن اليونانية وهيمنت الامبراطورية الرومانية على العالم كانت قوانينها تطبق على كل المناطق التي تحتلها وعلى كل من فيها. وعند وقوع خلاف بين روماني وأجنبي كانت الأرجحية دائماً للروماني، ولم يكن للأجنبي حق الزواج والتملك والمقاضاة لأن الشخصية القانونية كانت تقتصر على من يتمتع بالحرية والرعية الرومانية وصفة رب أسرة.

فالحقوق المدنية لم يكن يتمتع بها غير ذي الرعية الرومانية، وتتم التفرقة في المعاملة حتى بين الأجانب في روما، وكان أقرب الأجانب إلى الرومان هم أولئك الذين يرتبطون بروما في التحالف اللاتيني، حيث منحوا بعض الحقوق فيما بعد، كحق الزواج وحق التعامل.

وعندما قامت علاقات تجارية بين أهالي روما وبين أهالي الشعوب التي أخضعتها لسيطرتها، شرع قانون الشعوب خصيصاً لتلك العلاقات، وسمح بمقتضاه لأهالي تلك الشعوب بإجراء البيع والشراء والتراffic أمام المحاكم بموجب الإجراءات القضائية الكتابية، واعترف لهم بحماية قانونية خاصة إذا احتموا بروماني. ومع كل ذلك فقد عد قانون الشعوب قانوناً إقليمياً يحل التنازع الداخلي داخل إقليم إمبراطورية واحدة ولا يتعلق بالتنازع الدولي للقوانين^(٢).

وعندما غزا البربر الامبراطورية الرومانية، كان للسيد الفاتح قانونه الذي يطبق على مواطنيه أينما وجدوا، وللمغلوب قانونه. ثم تأسست الدويلات الاقطاعية خلال القرون الوسطى وصار لكل مقاطعة قانونها الخاص الذي لم يكن حكمه يتخطى حدود المقاطعة، وكان ينظر إلى الأجانب فيها كسقط المتاع وليس لشخصهم أو لمالهم حرمة، ولا تنتقل أموالهم إلى ورثتهم بعد وفاتهم لعدم تمتعهم بالشخصية القانونية وأصبح مبدأ إقليمية القانون هو السائد، ولذلك لم تكن هناك حاجة لنشوء قواعد القانون الدولي الخاص^(٣).

وظلّ الوضع هكذا حتى نشأت الدول الحديثة في أوروبا وأقرت كل واحدة منها قانوناً خاصاً بها يختلف عن قوانين الدول الأخرى وأخذت المحاكم تطبق قوانينها الوطنية

(١) انظر مؤلفنا-القانون الدولي الخاص. النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي-دار الحرية للطباعة-بغداد/ ١٩٧٦ ص ٨٣-٨٥، ومؤلفنا-مذكرات في مبادئ العلوم السياسية-الجزء الأول-مطبعة أديب البصرة/ ١٩٦٤ ص ١٥٥ والدكتور أحمد مسلم-القانون الدولي الخاص-الطبعة الأولى-القاهرة/ ١٩٥٤ ص ٢٨٢ و Pro. Dr. Osman Fazil Berki, Devletler Hususi

Hukuku, Cilt 1. Basi 4, Ankara / 1961-sf. 161.

(٢) انظر أستاذنا المرحوم جبرائيل البنا - دروس في القانون الروماني، الطبعة الأولى- مطبعة الإرشاد / بغداد/ ١٩٤٩ ص ٦٠. وميشيل فيليه - القانون الروماني، ترجمة الدكتور هاشم الحافظ - مطبعة الإرشاد - بغداد/ ١٩٦٤ ص ٦٣ - ٦٧ والدكتور صبيح مسكوني - القانون الروماني. الطبعة الأولى - مطبعة شفيق - بغداد / ١٩٦٨ ص ٤٥ والدكتور آدمون نعيم المرجع السابق ص ١٣ و

Dr. Kudret Ayiter Roma Hukuku Dersleri - Aile Hukuku, ikinci Basi- Ankara/ 1963 - sf.9 Ve Dr. Paul Koschaker, Modern Hususi Hukukuna Giris Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatlari. Turkceye Ceviren Dr. Kudret Ayiter. Istanbul/ 1961. sf. 51-70.

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي - الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجنسية - بغداد/ ١٩٦٢ ص ١٥٩.

دون الإلتفات إلى قانون جنسية المتقاضين أو محل إجراء العقد أو غير ذلك من الظروف. ولكن المحاكم لم تتأثر على هذا الوضع عندما رأت أنه غير علمي، فبدأت في إيطاليا وفرنسا تطبيق ليس فقط قانون القاضي، بل أيضاً القانون الشخصي وغيره من القوانين، كقانون محل وجود المال وقانون محل إبرام العقد^(١). وبدأ رجال الفقه في شمال إيطاليا يبحثون خلال القرن الثالث عشر عن حل لتنازع القوانين وتعيين القانون الواجب تطبيقه في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي التي بدأت بالظهور وراحوا يتلمسون الحلول لهذه المسألة من النصوص الرومانية والقواعد العرفية التي كانت سائدة آنذاك وامتد نطاق التفكير في هذه المسألة من إيطاليا إلى فرنسا ف هولندا وإنكلترا والدنيا الجديدة إلى أن استعمل لأول مرة اصطلاح القانون الدولي الخاص عام ١٨٣٤م من قبل رجال الفقه في هولندا، وبرزت فكرة الجنسية بتطور فكرة الدولة المستقلة ذات السيادة بعد قيام الثورة الفرنسية وارتباط علاقة الفرد بها، وتخلت المحاكم فيها نهائياً عن مبدأ وجوب تطبيق قانون القاضي (Lex fori) في جميع القضايا، وقبلت الدول مبدأ تطبيق القانون الشخصي للأجانب في إقليمها وقانون محل وجود المال وقانون محل إجراء العقد^(٢).

المبحث الثاني

موضوعات القانون الدولي الخاص

إن العيش في المجتمع يستلزم بصورة حتمية وجود قواعد قانونية تنظم الروابط بين أفرادها. ولما كانت هذه الروابط تختلف باختلاف الحياة الخاصة في كل جماعة، لذا كان من البديهي أن يكون لكل جماعة نظامها القانوني الخاص القائم على أسس منبثقة من عاداتها وظروفها وحاجاتها ومثلها العليا، وهذا يؤدي إلى اختلاف أحكام التشريعات في الدول المختلفة وقيام الموضوع الأساس للقانون الدولي الخاص، وهو (تنازع القوانين) الذي يتعلق بمسألة مزاولة الحقوق.

فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحده، سواء أكانت مدنية أم تجارية. أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة. لأنه تتنازع على حكمها قوانين عدة دول تتصل بها في عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية. فإذا طبق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، قد يؤدي ذلك إلى الأضرار بأطراف العلاقة وانتفاء العدالة وإعاقة التعامل بين أفراد الدول المختلفة وعرقلة التجارة الدولية والحيلولة دون الازدهار الثقافي والعلمي والاقتصادي بين الدول. ودفعاً لهذه الأضرار والنتائج في النزاع الناشب من علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يجب تعيين القانون الأنسب الواجب تطبيقه عليه، وهذا ما يطلق عليه (تنازع القوانين)^(٣)، حيث يتم فيه تحديد القانون الواجب تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي من بين القوانين المتنازعة للدول المختلفة على حكمه عن طريق قواعد قانونية تسمى (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد).

(١) انظر الدكتور آدمون نعيم - المصدر السابق - ص ١٣.

(٢) انظر الدكتور السيد محمد إبراهيم - الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة بالجنسية في دول الخليج / ١٩٧٨ - ص ٣.

(٣) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٦ - ٨.

ويلي تنازع القوانين موضوع آخر له أهمية كبيرة في حماية الحقوق هو تنازع الاختصاص القضائي الدولي. فالحياة القانونية الخاصة الوطنية المحضة للأفراد تخضع لاختصاص المحاكم الوطنية وحدها. لأن المقرر أن جميع العلاقات القانونية التي تنشأ في الدولة بين الوطنيين تختص المحاكم الوطنية برؤية أي نزاع يثور بسببها، سواء أكانت مدنية أم تجارية أو أحوالاً شخصية، كزواج يتم بين أردني وأردنية في الأردن، أو كبيع يقع على مال موجود في الأردن بعقد بيع يتم بين أردني وأردنية في الأردن. فهذه العلاقات القانونية وطنية محضة وتختص المحاكم الأردنية وحدها بحسم النزاع الذي ينشأ حولها. ولكن قد تنشأ علاقات قانونية يشوبها عنصر أجنبي بسبب نشاط الفرد خارج حدود دولته ودخوله في علاقات مع أشخاص لا ينتمون إلى جنسية واحدة، كزواج يتم بين أردني وإنكليزية في ألمانيا، أو كبيع يقع على مال منقول موجود في إنكلترا بين أردني وألماني ويتم البيع في فرنسا، وهذا ما يسمى بـ (العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي)^(١) لاتصالها بأكثر من دولة واحدة بسبب جنسية أطرافها أو محل انعقادها أو محل وجودها أو السبب المنشأ لها.

والسبب الرئيس لنشوء هذه العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، هو ازدياد اتصال أفراد الشعوب المختلفة ببعضهم ببعض لسهولة طرق المواصلات التي تمهد وتوفر أسباب الاتصال الحديثة، ولخروج الشعوب عن عزلتها القديمة وانفتاحها على علاقات ثقافية واقتصادية وسياحية جيدة مما يستلزم البحث عن المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشب بشأن هذه العلاقات بين محاكم الدول المختلفة التي تتصل بها العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، وهذا ما يطلق عليه (تنازع الاختصاص القضائي الدولي)، ويعتبر الموضوع الثاني للقانون الدولي الخاص^(٢).

ولما كان واقع الحياة يكشف لنا أن الأفراد يتوزعون في كتل وجماعات متعددة، فإن ظاهرة الإنقسام والتوزيع هذه تثير مسألة جديرة بالبحث وهي معرفة كيفية توزيع الأفراد جغرافياً من أجل تحديد عنصر الشعب في الدولة.

فالانتساب لعنصر الشعب يتم برابطة (الجنسية). إذ تتكفل الدولة في قانون الجنسية ببيان حالات فرضها وكسبها وفقدانها واستردادها ويترتب على تمتع الفرد بها أن يصبح من وطنيها وأن يتميز عن الأجنبي في الحقوق والواجبات. وهكذا فإن توزيع الأفراد جغرافياً في العالم استناداً لظرف الجنسية يفرز وطنيين وأجانب يختلفون من ناحية مدى ما يتمتعون به من حقوق وما يتحملون به من أعباء عامة.

فالجنسية كأداة لتوزيع الأفراد جغرافياً ترد ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص لاتصالها المباشر بموضوع حالة الأجانب. ولهذا تعتبر العامل الرئيس لتعيين نوع ومدى الحقوق التي يتمتع بها الأجانب وبالتالي نقطة الابتداء لدراسة المركز القانوني

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٥، والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن - مطبعة الحكومة - بغداد / ١٩٧٢ - ص ٨.

(٢) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٤ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غيالب الداودي - المرجع السابق - ص ٧.

للأجانب، فهي بذلك تعتبر بحق الموضوع الثالث للقانون الدولي الخاص^(١). ولما كان بإمكان الفرد أن يقيم أو يتوطن حالياً في إقليم غير إقليم دولته التي يحمل جنسيتها لزوال حالة الحرب والعداء التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة وتغير النظرة إلى الأجنبي والاعتراف له بالحقوق عند العيش في غير مجتمع دولته، وعدم استساغة الشعوب المتحضرة العيش منطوية على نفسها، وسهولة المواصلات بينها، فإن الموطن يُعد اليوم أداة لتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم أيضاً، وينتج عنه وجود شخص متوطن وشخص غير متوطن في إقليم الدولة واختلاف مركزهما القانوني من حيث الحقوق والواجبات العامة.

فتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم لا يتم بظرف الجنسية فقط بل بظرف الموطن أيضاً. لأن الفرد قد يرتبط روحياً وسياسياً بدولة معينة ويستقر ويعمل في دولة أخرى، فتكون له جنسية الدولة الأولى وموطن في الدولة الثانية يجعله مركزاً لصلاته العائلية وأعماله المعتادة بنية البقاء والاستقرار، وينتج من ذلك الفرق بين المركز القانوني للمتوطن وغير المتوطن واختلافهما من ناحية مدى ما يتمتعان به من حقوق وما يتحملان به من واجبات عامة في الدولة.

إذ أن دول العالم المتمدين تعترف اليوم بقدر ضروري من الحقوق للأجانب الذين يتوطنون في إقليمها بعدما بدأت الحياة القانونية الخاصة للأفراد بالتطور والتوسع والامتداد من الحيز الإقليمي إلى المجال الدولي. فالموطن أيضاً يعتبر أداة لتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم ويرد ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص لاتصاله المباشر بموضوع حالة الأجانب باعتباره من العوامل الرئيسة لتعيين نوع الحقوق التي يتمتع به الأجنبي في دولة الإقامة. فهو بذلك نقطة الابتداء لدراسة المركز القانوني للأجانب، وبالتالي فهو الموضوع الرابع للقانون الدولي الخاص، مما يقتضي دراسته قبل دراسة المركز القانوني للأجانب في الدولة.

ورغم الاعتراف بقدر من الحقوق للأجنبي اليوم في دولة الإقامة، إلا أن ذلك لا يعني مساواته بالوطني في الحقوق والواجبات بصورة عامة لاعتبارات تفرض التمييز بينهما في التمتع بالحقوق وأداء الواجبات العامة في الدولة. فمركز الأجنبي في دولة الإقامة تنظمه قواعد قانونية تحدد الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها ومن معرفة هذه الحقوق يمكن معرفة الحقوق التي لا يمكن أن يتمتع بها.

وبعد الوقوف على الحقوق التي يمكن للأجنبي أن يتمتع بها في الدولة يجري البحث عن القانون الذي يبيح له التمتع بهذه الحقوق، ولهذا يعتبر تحديد هذا المركز للأجنبي مهما بالنسبة لحل تنازع القوانين، وبالتالي الموضوع الخامس للقانون الدولي الخاص.

وحيث لا يكفي الحصول على قرار حكم من المحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي للوصول إلى الحق المدعى به، بل لا بد من الاستعانة بقضاء دولة

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - دار الحرية للطباعة - بغداد / ١٩٧٨ ص ٢٢.

أخرى لتأمين وضع هذا القرار موضع التنفيذ وإيصال الحق إلى أصحابه الذين قد يوجدون في خارج حدود الدولة التي أصدرت المحكمة فيها قرار الحكم، فتأتي مسألة أخرى تلحق بالاختصاص القضائي الدولي وتعتبر الموضوع السادس للقانون الدولي الخاص، وهي (تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية).

فالحكم القضائي الصادر من محكمة دولة أجنبية يكون مشوباً بصفة أجنبية ويطلب تنفيذه من دولة أخرى غير دولة المحكمة التي أصدرت الحكم، في حين لا تكون الدولة المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم ملزمة بقبول ذلك ما لم توجد معاهدة أو اتفاقية دولية تبيح ذلك^(١). ونخلص من كل ما تقدم إلى أن دراسة القانون الدولي الخاص تشمل الموضوعات التالية:

- ١- تنازع القوانين.
- ٢- تنازع الاختصاص القضائي الدولي.
- ٣- الجنسية.
- ٤- الموطن.
- ٥- المركز القانوني للأجانب.
- ٦- تنفيذ الأحكام الأجنبية.

وقد يبدو لأول وهلة أنه لا ترابط بين هذه الموضوعات التي تدخل ضمن دراسة القانون الدولي الخاص، وأن كل موضوع يمكن أن يدرس بمفرده على شكل مادة علمية مستقلة عن القانون الدولي الخاص، إلا أن الواقع يكشف لنا ارتباط هذه الموضوعات ببعضها ارتباطاً وثيقاً يبرر الجمع بينها ضمن دراسة القانون الدولي الخاص. ولهذا يتجه أغلب شراح القانون الدولي الخاص في جامعات دول متعددة ومنها جامعات المملكة الأردنية الهاشمية والدول العربية الأخرى إلى ضم هذه الموضوعات إلى دراسة القانون الدولي الخاص. ولتوضيح هذا الترابط نذكر المثال التالي: لو باع إيطالي أموالاً منقولة في الأردن إلى إنكليزي وثار النزاع بينهما ورفع النزاع إلى محكمة أردنية. فالمحكمة لا بد لها من أن تبت أولاً في جنسية طرفي النزاع والتثبت من أنهما ليسا من الأردنيين، ثم تبحث بعد ذلك في مركز الأجانب من حيث هل للأجنبي حق تملك هذا المال وبيعه في الأردن؟ فإذا كان يحق له ذلك تنتقل المحكمة إلى مسألة تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع. هل هو القانون الأردني أو القانون الإنكليزي أو القانون الإيطالي؟ ثم تنتقل المحكمة إلى مسألة التأكد من انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية في هذا النزاع. وإذا أعطي الاختصاص القضائي والتشريعي للقضاء والقانون الأردني وصدر قرار الحكم في النزاع فما هي الإجراءات الواجب القيام بها في خارج الأردن عندما يراد تنفيذ هذا القرار؟.

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٩ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - القسم الثاني - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ - ص ٢٦٣.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي الخاص ومصادرها

سبق أن ذكرنا أن للقانون الدولي الخاص طبيعة وخصائص ومصادر خاصة تختلف عن طبيعة وخصائص ومصادر بقية فروع القانون الخاص مما يقتضي شرح هذه المسائل بشيء من التفصيل وكالاتي:

المبحث الأول

طبيعة وخصائص قواعد القانون الدولي الخاص

مسألة تحديد طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص وخصائصها تتعلق بربط هذا القانون بالقسم الذي ينتمي إليه من أقسام القانون وتحديد نطاقه الإقليمي. فهل يعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب فما هي طبيعته من حيث هل هو قانون دولي له صفة دولية أم قانون داخلي له صفة وطنية؟ وإذا لم تكن له صفة دولية باعتباره من القانون الداخلي، فهل هو من فروع القانون الخاص أم من فروع القانون العام. مما لا شك فيه أن القانون الدولي الخاص قانون بالمعنى الحقيقي ولقواعده صفة الإلزام، ولا خلاف في ذلك. إلا أن الخلاف يدور بين الفقهاء حول طبيعة قواعد هذا القانون. إذ ينكر البعض منهم على قواعده الصفة الدولية ويرونها قواعد قانونية داخلية بحتة، بينما يرى البعض الآخر منهم أن لقواعد هذا القانون الصفة الدولية التي تجعله من القانون الدولي.

ويختلف الفقهاء أيضاً في مسألة أخرى وهي القسم الذي ينتسب إليه هذا القانون. فمنهم من يرده إلى قسم القانون الخاص، ومنهم من يرده إلى قسم القانون العام، وكل فريق منهم يبرر وجهة نظره بأراء مقنعة.

ويعود سبب عدم استقرار الفقهاء على وضع هذا القانون في موضعه الثابت الصحيح بالنسبة لطبيعة قواعده والقسم الذي ينتسب إليه من أقسام القانون واستمرار الجدل والنقاش بينهم حول كل ذلك في شتى دراساتهم، إلى حداثة نشأة هذا القانون وتنوع مصادره. فهناك اختلاف كبير بين الفقهاء بشأن هذه التساؤلات مصدره عدم الاتفاق على موضوعاته وطبيعة قواعده.

فهناك من الفقهاء وعلى رأسهم (نيبويه) يعتبرونه قانوناً داخلياً بحتاً ليست له صفة دولية، لأن تصنيف القانون إلى داخلي ودولي يقوم إما على أساس نطاق تطبيقه أو على أساس مصدره.

وأى من هذين الأساسين لا يتوافق مع قواعد القانون الدولي الخاص لعدم وجود التماثل والتوافق بين قواعده وقواعد القانون الدولي العام. حيث أن قواعد كل من القانونين المذكورين لا تتوافق من حيث المصدر والموضوع وقوة الإلزام.

فمن حيث الموضوع، تنظم قواعد القانون الدولي الخاص علاقات قانونية خاصة بين الأفراد، بينما قواعد القانون الدولي العام تنظم علاقات دولية بين الدول. فقواعد الجنسية تحكم علاقة الفرد بالدولة، وقواعد مركز الأجانب تبين مدى تمتع الأجنبي بالحقوق في الدولة، وقواعد تنازع القوانين تنظم اختصاص القوانين التي تحكم العلاقات الخاصة بين

الأفراد في أحوالهم الشخصية وروابطهم المالية، رغم أن العلاقة الخاصة هذه قد تكون بين أفراد تابعين لأكثر من دولة واحدة وتتجاوز إقليم الدولة وتأخذ بهذا مظهراً دولياً، إلا أنها في حقيقة الأمر ليست علاقات دولية بين الدول. فمثلاً إذا طلق أردني زوجته الألمانية، فإن هذه المسألة خاصة بهما ولا توجد ضرورة لأن تقوم دولتهما بتنظيم هذه العلاقة باتفاقية أو معاهدة دولية. فكون هذه القواعد تنظم علاقات ذات مظهر دولي لا يكفي لإسباغ الصفة الدولية عليها واعتبارها دولية في موضوعها^(١).

فالمصالح المتعارضة في القانون الدولي العام لها صفة عامة، بينما في القانون الدولي الخاص لها صفة خاصة.

ومن حيث المصدر لكي تثبت الصفة الدولية للقانون، لا بد من وجود سلطة تشريعية دولية عليا فوق سلطة الدول يكون في مقدورها إصدار قواعد قانونية ملزمة لكافة الدول أو أن يكون هناك المصدر المشترك الذي تستمد منه كافة الدول قواعدهما القانونية أسوة بالقانون الداخلي. لأنه عند وجود مثل هذا المصدر الدولي المشترك تتخطى الدول عن المصادر الوطنية وتستند فقط إلى المصادر الدولية. في حين أن واقع الحال ينفي وجود قواعد قانونية ملزمة لجميع الدول في القانون الدولي الخاص لعدم وجود مصدر دولي مشترك تستمد منه كافة الدول قواعد قانونها الدولي الخاص. إذ من المسلم به أن قواعد هذا القانون داخلية ومصدرها التشريع والعرف الداخلي، وحتى مصادرهما التي يكون أساسها الاتفاقيات الدولية، فإن المشرع الوطني يبقى فيها صاحب القرار، لأنها لا تصبح نافذة وسارية المفعول إلا بعد إقرارها من قبله وتصديقه عليه. فالاتفاقية الدولية أو المعاهدة لا تعدو أكثر من تشريع داخلي، وهذا يفرض علينا القول بأن كافة قواعد القانون الدولي الخاص هي وطنية وليست لها صفة دولية. بينما مصادر القانون الدولي العام دولية في الأساس ولا تلعب إلا دوراً ثانوياً في القانون الدولي الخاص.

وما دامت قواعد القانون الدولي الخاص وطنية في مصدرها ويتكفل المشرع الوطني في كل دولة بما له من سيادة وحرية بوضعها دون أن يخضع في ذلك لسيادة دولة أخرى وتقوم المحاكم الوطنية بتطبيقها في الحدود الإقليمية لكل دولة، فهي داخلية محضة كسائر القوانين الداخلية الأخرى، لأن المشرع الوطني يستأثر بوضع قواعده بحرية تامة مستهدفاً فيها أحوال بلده الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ... إلخ. ولذلك لا يوجد قانون دولي خاص واحد لجميع الدول، بل لكل دولة قانونها الدولي الخاص الذي يستأثر المشرع الوطني بوضع قواعده دونما تقيد بمصالح الدول الأخرى وقوانينها. فهناك القانون الدولي الخاص الأردني والقانون الدولي الخاص العراقي والقانون الدولي الخاص الفرنسي ... إلخ. وتختلف أحكامه من دولة إلى أخرى من حيث الموضوع^(٢).

وإزاء من ينكر الصفة الدولية على القانون الدولي الخاص، هناك آخرون ينكرون كونه من القوانين الداخلية ويضيفون عليه الصفة الدولية ويقولون: أن القانون الوطني يحكم العلاقات القانونية الداخلية المحضة، في حين أن قواعد القانون الدولي الخاص تواجه

(١) راجع الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٤.

(٢) راجع الدكتور محمد كما فهمي - أصول القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - الاسكندرية/ ١٩٥٥ - ص ٥٣ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٥.

علاقات أفراد تابعين لدول مختلفة ذات عنصر أجنبي لها مساس بأكثر من دولة واحدة، ولذلك فإن العلاقات التي يحكمها هذا القانون ما دامت ليست داخلية بحتة، فهي دولية وأن القانون الذي يحكمها يعتبر دولياً. وبالإضافة إلى ذلك فإن المراكز القانونية التي تتصدى قواعد القانون الدولي الخاص لتنظيمها، لها في كثير من الأحيان انعكاسات على علاقات الدول نتيجة لاهتمام جميع الدول بمصالح رعاياها، ولهذا فإن القانون الدولي الخاص يفرق عن القوانين الداخلية تماماً، بل إنه قانون فوق القوانين الداخلية، رغم تناول قواعده حل النزاع المتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد. فهو يعمل من أجل التوفيق بين المصالح العامة للدول المختلفة وسيادتها، وينظم العلاقات بين الدول بصرف النظر فيما إذا كانت هذه العلاقات عامة أو خاصة. فإذا كانت تلك العلاقات تخص القوانين العامة أو المصالح العامة كان القانون المنظم لها هو قانون دولي عام، وإذا كانت متعلقة بالقوانين الخاصة أو بالمصالح الخاصة كان القانون المنظم لها هو قانون دولي خاص. فيعتبر القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص فرعين من القانون الدولي وينظمان العلاقات بين الدول. ومن أهم أنصار هذا الرأي (Felix) و (Weiss). إذ يعرف (Weiss) القانون الدولي الخاص بأنه القانون الذي يحل النزاع الحاصل بين دولتين بشأن قوانينهما الخاصة أو مصالحهما الخاصة). فهو قانون لا يخلو من الصفة الدولية شأنه في ذلك شأن القانون الدولي العام، ويعتبر هو والقانون الدولي العام من صنف واحد من أصناف القانون^(١).

ويضيف هؤلاء، أنه إذا سلمنا بأن القوانين تكون إما دولية وإما داخلية، وأن القوانين الداخلية تحكم علاقات الأفراد الخاصة، والدولية تحكم علاقات الدول، فمن الذي يحكم العلاقات التي ليست دولية ولا داخلية وإنما مشوبة بعنصر أجنبي اصلتها بأكثر من دولة واحدة في جنسية أطرافها أو مكان انعقادها؟ ثم يخلصون إلى القول بأنه لا مفر من اعتبار قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم هذا النوع من العلاقات قواعد دولية.

وقالوا أيضاً أنه ليس من الصحيح القول بأن القوانين لا تكون دولية إلا إذا كانت تستقي أحكامها من مصادر دولية بحتة فقط، لأن القانون إنما يوصف بنوع العلاقات التي يحكمها والقواعد التي يتضمنها، لا بمنشئها ومصدرها. فهو مدني إن كان يهتم بحل علاقات الأفراد المدنية، وهو تجاري من أي مصدر أستقي إن كان ينظم الأعمال التجارية وعلاقات التجار التجارية، وهو دولي مهما كانت مصادره إن كان يحكم علاقات الدول أو علاقات الأفراد ذات العنصر الأجنبي. خاصة أن الدول تهتم بشؤون ومصالح رعاياها إلى درجة قد يؤدي الخلاف بشأن ذلك إلى حد نشوب نزاع دولي بينها^(٢).

فاهتمامات الدول وحرصها على تأمين مصالح رعاياها تخفف في كثير من الأحيان من اندفاعها نحو سن تشريعات متعلقة بمسألة من مسائل القانون الدولي الخاص تكون لها انعكاسات دولية فتقابل بتشريعات أكثر تطرفاً تلحق الضرر برعاياها. وقيد كهذا

(١) راجع الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٩-١١ و

Prof. Dr. Osman Berki Devletler Hususi Hukuku. Cilt 1. Basi 4. Ankara- 1960. sf. 4.

(٢) الدكتور ماجد الحلواتي - الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة. الجزء الأول، الطبعة الأولى - دمشق / ١٩٦٠ -

ص ٤٢، ومؤلفنا القانون الدولي الخاص. النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - المرجع السابق -

ص ٢٦-٢٧.

يؤحي بأن حرية الدولة في وضع قواعد القانون الدولي الخاص ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة برعاية مصالح الدول الأخرى، وهذا ما يضيف بالنتيجة على القانون الدولي الخاص مظهره الدولي. فكثير من قواعده يمكن رده إلى مصادر دولية، كالمعاهدات والاتفاقيات الدولية، والعرف والقضاء الدوليين^(١).

والواقع الذي نراه هو أن القانون الدولي الخاص قانون وطني كسائر القوانين الداخلية الأخرى تماماً وليس له صفة دولية، ولا يمكن أن يكون مثل القانون الدولي العام قانوناً فوق الدول. لأن قواعده المتعلقة بتنزاع القوانين وتنزاع الاختصاص القضائي لا تزال بعيدة من أن تكون عامة ومشتركة بين جميع الدول رغم وجود بعض الأسس الدولية فيها. فلو كانت لهذا القانون صفة دولية لما شرعت قواعده بمثل هذا الاختلاف من دولة إلى أخرى ولكانت أحكامه وأساسه موحدة في جميع الدول. كما أن المشرع في كل دولة يستأثر بوضع قواعده بحرية تامة مراعيًا في ذلك ظروف بلده الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والمحاكم الداخلية هي التي تلزم النياس على إتباعها إضافة إلى عدم وجود التماثل بين قواعده وقواعد القانون الدولي العام. حيث أن قواعد كل من القانونين المذكورين لا تتفق في المصدر والموضوع وقوة الإلزام.

فالقانون الدولي العام عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تعين الحقوق والواجبات المتقابلة بين الدول بصفتها أشخاصاً معنوية، بينما القانون الدولي الخاص عبارة عن القواعد القانونية المتبعة في حسم الخلافات القائمة بين القوانين الخاصة في دولتين عند تعارضها حول منافع رعاياهما.

بعد أن انتهينا من تحديد موضوعات القانون الدولي الخاص ومناقشة الرأي الذي يعتبر القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص فرعين من القانون الدولي وتأكيدنا أن القانون الدولي الخاص قانون داخلي يختلف عن القانون الدولي العام من حيث طبيعة قواعده، يثور الخلاف حول مسألة أخرى تتعلق بتحديد موضع هذا القانون من قسمي القانون (العام والخاص). فهل هو من قسم القانون العام أو من قسم القانون الخاص؟.

يرى بعض الفقهاء أن القانون الدولي الخاص فرع من فروع قسم القانون الخاص، لأنه يعين القانون الواجب تطبيقه في العلاقات القانونية الخاصة بين الأفراد، وأن القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الاجتماعية بين الأفراد سواء في أحوالهم الشخصية أم المالية وبينهم وبين الدولة لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، بل بوصفها شخصاً عادياً، عكس القانون العام الذي هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الفرد والدولة وبين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة العامة. فتطبيق هذا المعيار على موضوعات القانون الدولي الخاص يؤدي بنا إلى القول بأنه من القانون الخاص لا من القانون العام. لأن غاية القانون الدولي الخاص هي تنظيم علاقات الأفراد الخاصة عبر الحدود، لا سيما موضوعاته المتعلقة بتنزاع القوانين وتنزاع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. فقواعده المتعلقة بتنزاع القوانين تقتصر على حل التنازع بين القوانين الخاصة التي تحكم

(١) راجع الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٦.

علاقات الأفراد، وقواعده المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية في حكم هذه العلاقات، وأن الجنسية ومركز الأجانب رغم كونهما من القانون العام، إلا أن الصلة الوثيقة القائمة بينهما وبين تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي جعلتهما مسألة أولية لبحث التنازع وحله ولهذا أدخلنا ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص كما سبق أن ذكرنا ذلك.

وينكر فريق آخر من الفقهاء إنتماء القانون الدولي الخاص إلى قسم القانون الخاص ويرون ضرورة ضمه إلى حظيرة قسم القانون العام على أساس أنه أيضاً ينظم علاقات الأفراد بالدولة وعلاقات الدولة بغيرها من الدول والمنظمات الدولية باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وأن بعض قواعده تتعلق بسيادة الدولة. فمثلاً قواعده المتعلقة بتنازع القوانين رغم أنها تقتصر على حل التنازع بين القوانين الخاصة التي تحكم علاقات الأفراد التابعين لدول مختلفة إلا أنها تنتهي إلى تحديد مجال تطبيق القوانين الوطنية والأجنبية. وهكذا الحال بالنسبة لقواعده المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي التي تنتهي إلى مدى اختصاص المحاكم الوطنية للنظر في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي.

وقالوا: إن هدف قواعد تنازع القوانين ليس تنظيم مؤسسة من المؤسسات القانونية حتى نعتبرها من القانون الخاص، بل هو تحديد مدى سلطان القوانين الوطنية والأجنبية وهذا يعتبر من أبحاث القانون العام، وهكذا الأمر بالنسبة لتحديد مدى اختصاص المحاكم الوطنية في داخل الدولة في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي الذي يعد من أبحاث القانون العام لا القانون الخاص.

أما بالنسبة للجنسية فقد قلوا عنها أنها لما كانت رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة وتحدد انتماء الفرد للدولة وتتدخل الدولة في تنظيم هذه العلاقة بما لها من سيادة وسلطة عامة وهي حرة في منحها أو سحبها بحسب ما تمليه عليها مصالحها الأساسية، فهي بذلك من أنظمة القانون العام باعتبارها أداة لتحديد سكان الدولة، أي عنصر الشعب الذي هو من أهم عناصر قيام الدولة. فلا بد إذن من اعتبار الجنسية من موضوعات القانون العام لتعلقها بعناصر تكوين الدولة^(١).

وأوردوا نفس الملاحظة بشأن موضوع المركز القانوني للأجانب وقالوا: لا يمكن اعتباره من موضوعات القانون الخاص، لأن الدولة تحدد مركز الأجنبي في إقليمها وفقاً لقواعد قانونية تشرعها استناداً لسلطانها الأمرة وسيادتها المطلقة ومقتضيات مصالحها العليا، ولهذا فإن هذه القواعد تعتبر من القانون العام لا من القانون الخاص. لأنها تتناول تنظيم مركز الأجانب كجزء من السياسة العامة في الدولة لاعتبارات سياسية^(٢).

وبمع استمرار هذا النقاش بين الفقهاء حول القسم الذي ينتمي إليه القانون الدولي الخاص، فإن الاتجاه السائد يكاد يستقر على اعتباره في أغلب الدراسات الأكاديمية من فروع القانون الخاص. لأنه ينظم علاقات الأفراد الخاصة عبر الحدود، خاصة في قواعده

(١) راجع الدكتور حسن الهداوي - الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجنسية - المرجع السابق - ص ١١ ومؤلّفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - مطبع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ - ص ٤.

(٢) راجع Prof. Dr. Osman Berki- sf. 4.

المتعلقة بتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية التي لا تؤثر في سيادة الدولة بشيء. لأن القانون الأجنبي الذي يطبق في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي يتقرر تطبيقه بأمر من المشرع الوطني في كل دولة، وهو الذي يحدد حالات ومجالات تطبيقه وتخلي القانون والقضاء الوطني عن اختصاصهما له^(١).

وبالانتهاء من تعريف القانون الدولي الخاص والوقوف على طبيعته قواعده وموضوعاته وموضعه بين قسمي القانون نصل إلى جملة خصائص يتميز بها هذا القانون هي:

١- إنه قانون ملزم بالمعنى الصحيح، لأن بعض قواعده يتضمن الجزاء المادي الذي يحكم به القضاء المختص في الدولة ويتم تنفيذ الأحكام الصادرة بموجبه حسب الأصول أسوة بتنفيذ الأحكام الصادرة بموجب القوانين المرعية الأخرى في الدولة.

٢- إنه قانون حديث النشأة نسبياً إذا ما قيست نشأته بنشأة العديد من باقي فروع القانون. إذ بدأ رجال الفقه يبحثون في شمال إيطاليا عن حل لتنازع القوانين في القرن الثالث عشر وراحوا يتلمسون الحلول لهذه المسألة من النصوص الرومانية ومن قواعد العرف التي كانت سائدة في فرنسا قبل صدور مجموعات نابليون، ثم امتد نطاق التفكير في هذه المسألة من إيطاليا إلى فرنسا، ف هولندا وإنكلترا والدنيا الجديدة. وقد استعمل لأول مرة اصطلاح القانون الدولي الخاص عام ١٨٣٤م بتأثير الفقه الهولندي، ولهذا يمكن القول بأن مفهوم هذا القانون لم يتضح ويتطور إلا بعد الثورة الفرنسية. لأن الدول قديماً كانت تتشدد في التمسك بمبدأ السيادة المطلقة وإقليمية قوانينها^(٢).

٣- إنه قانون وطني كسائر القوانين الداخلية الأخرى، يحكم علاقات خاصة مشوبة بعنصر أجنبي بين الأشخاص، عكس القانون الدولي العام الذي يحكم علاقات دولية بين الدول ويعد قانوناً فوق الدول. بينما القانون الدولي الخاص ليس قانوناً فوق الدول، وأن المشرع الوطني في كل دولة حر في وضع قواعده بما له من سيادة ووفقاً للمصالح العليا في دولته دون الخضوع لسيادة ومصلحة دولة أخرى. كما أن المحاكم الوطنية هي التي تطبقها في الحدود الإقليمية لكل دولة، ولهذا تختلف قواعده من دولة إلى أخرى، ولا يوجد قانون دولي خاص واحد لجميع الدول، بل لكل دولة قانونها الدولي الخاص. فهناك قانون دولي خاص أردني وقانون دولي خاص عراقي وقانون دولي خاص فرنسي... إلخ، على أساس أن الروابط الاجتماعية تختلف باختلاف أسس الحياة الخاصة في كل جماعة، ومن هنا جاء الاختلاف بين قواعد القانون الدولي الخاص من دولة إلى أخرى.

٤- إنه فرع من فروع القانون الخاص وتعالج غالبية قواعده العلاقات الخاصة بين الأفراد في روابط أحوالهم الشخصية والمالية، فغاياته تنظيم العلاقات الخاصة بين الأفراد عبر الحدود.

(١) راجع الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٩.

(٢) راجع الدكتور أنمون نعيم - المرجع السابق - ص ١٣ ومولفنا - المرجع السابق - ص ٤-٦.

٥- إن بعض قواعده (قواعد التنازع) قواعد إسناد وإحالة تقتصر وظيفتها على إسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى القانون الواجب تطبيقه عندما تتنازع قوانين عدة دول على حكم هذه العلاقة، دون أن تمس موضوع النزاع أصلاً. أي أنها ترشد قاضي الموضوع إلى القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه، بينما بعض قواعده الأخرى موضوعية تفصل في النزاع مباشرة، كقواعد الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

٦- لا توجد قواعده بشكل مجموعة واحدة مستقلة، بل متوزعة بين قوانين مختلفة، مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب، لأن أحكامه لا تبلغ من الكثرة حداً يسوغ إيرادها في مجموعة مستقلة، خاصة بالنسبة لأحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. ولهذا فهي قد تدرج عادة في القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية^(١).

٧- يعتبره البعض قانوناً مختلطاً يشمل موضوعات متعددة غير متجانسة وغير مترابطة من القانون العام والقانون الخاص مما يثير صعوبة في تحديد طبيعة قواعده. فهو يحوي قواعد من القانون الخاص، كقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي التي تلعب دوراً هاماً في فض خلافات الأفراد وحل علاقاتهم الخاصة عبر الحدود في روابط أحوالهم الشخصية والمالية، ويحوي أيضاً قواعد من القانون العام، كقواعد الجنسية ومركز الأجانب التي تتدخل الدولة في تنظيمها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، لأنها من أنظمة القانون العام ومتعلقة بالسيادة.

كما أنه مزيج من القانون الدولي والقانون الوطني لاحتوائه على قواعد من القانون الداخلي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد وأخرى من القانون الدولي توفق بين سيادة مختلف الدول في مجال تطبيق القوانين. ولهذا على المشرع عند وضع قواعده، وعلى الباحث عند شرح أحكامه، وعلى القاضي عند تطبيق نصوصه ملاحظة هذه الصفة المزدوجة التي يتميز بها هذا القانون، ليتمكنوا من التوفيق بين مصلحة وسيادة دولهم ومصلحة وسيادة الدول الأخرى.

٨- إنه لا يحكم العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون إلى دول متعددة وجنسيات مختلفة فحسب، بل يحكم العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون إلى دولة واحدة أيضاً، كعقد زواج يبرم بين أردني وأردنية في فرنسا.

٩- له مصادر متعددة ومختلفة تتسع لتشمل ثلاثة أنواع هي: مصادر وطنية (التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص)، ومصادر دولية (الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والأعراف الدولية والقضاء الدولي)، ومصادر علمية (الفقه الداخلي والدولي).

(١) يتضمن القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ أحكام تنازع القوانين في المواد من ١١ إلى ٢٩، وتوجد أحكام الاختصاص القضائي الدولي في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وقانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، وتوجد أحكام مركز الأجانب في قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٣، وأحكام الجنسية في قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤، وأحكام تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ ... إلخ.

المبحث الثاني

مصادر القانون الدولي الخاص

مصدر القانون هو المنبع الذي تتبع منه قواعده. فالبحث عن تطبيق قانون ما يستلزم معرفة الأصل الذي ينبع منه هذا القانون والأشكال التي تبلورت بها قواعده وأضيفت عليها صفة الإلزام. تلك الأشكال المستمدة من السلطة أو الهيئة التي تهيمن على وضع القوانين والكشف عنها في الدولة.

ومصادر القانون تختلف من قانون إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، فمثلاً إذا كان لا يمكن أن يكون العرف والقياس والقضاء وقواعد العدالة من مصادر القانون الجنائي لاستناد هذا القانون إلى قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، نجد أنه من المألوف اعتبار العرف وقواعد العدالة من مصادر القانون المدني.

ومصادر القانون الدولي الخاص متأثرة بالطبيعة الخاصة التي تتميز بها قواعده، ولدراستها أهمية كبيرة، لأن لهذا القانون مصادر مختلفة ومتنوعة من وطنية ودولية وعلمية.

فقواعد القانون الدولي الخاص رغم اعتبارها داخلية إلا أنها تنظم علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، مما يستلزم اعتماد هذا القانون في بعض أحكامه على مصادر دولية بالإضافة إلى المصادر الوطنية. فالدول تعتمد في كثير من الأحيان إلى تنظيم بعض مسائل القانون الدولي الخاص عن طريق عقد اتفاقيات ومعاهدات دولية ثنائية أو جماعية تلتزم فيها بمبادئ أو قواعد معينة لمعالجة المشاكل الناجمة عن التشدد في التمسك بمبدأ السيادة أو تتلمس هذه الدول الحلول اللازمة لها من القضاء والعرف الدوليين^(١).

كما أن القضاء ظل قروناً طويلة يعتمد على آراء الفقهاء في حل تنازع القوانين حتى استقرت قواعد هذا التنازع بفضل المناقشات التي جرت بين الفقهاء في هولندا وانكلترا وفرنسا حول البحث عن القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، مما يعني اعتبار الفقه مصدراً علمياً للقانون الدولي الخاص. وبهذا تتسع مصادر القانون الدولي الخاص لتشمل ثلاثة أنواع، هي: المصادر الوطنية المتمثلة في (التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص)، والمصادر الدولية المتمثلة في (المعاهدات والاتفاقيات الدولية، والعرف والقضاء الدوليين)، والمصادر العلمية المتمثلة في (الفقه الداخلي والدولي).

المطلب الأول

المصادر الداخلية

للقانون الدولي الخاص مصادر داخلية تتمثل في التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص وكالاتي:

أولاً- التشريع:

التشريع هو المصدر الرسمي الأول لكافة فروع القانون منذ أواخر القرن الثامن عشر، خاصة في العصر الحديث. إذ يشغل بالنسبة إلى مصادر القانون الأخرى مكان

(١) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - المرجع السابق - ص ٣٥ - ٣٧ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٨ - ٢٠.

للمصادرة، لأن الأغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد قوتها الملزمة من السلطة التشريعية المخولة بتشريع القوانين في الدولة طبقاً للدستور بما في ذلك قواعد القانون الدولي الخاص.

فالمشرع الوطني يستأثر بوضع قواعد القانون الدولي الخاص دون النظر إلى أي اعتبار أجنبي أو قيد دولي في تنظيم موضوعات تتنازع القوانين وتتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية والجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب. ويتمتاز هذه القواعد بالدقة والوضوح، ولكنها غير مجمعة في مجموعة واحدة مثل القانون المدني أو القانون التجاري أو القانون الجنائي، بل ترد في قوانين مختلفة كقانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب والقانون المدني وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ... إلخ.

وأهمية التشريع كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص تختلف تبعاً إلى الموضوع الذي ينظمه المشرع ومدى الحاجة إلى المبادرة المبكرة لمعالجته. فالجنسية مثلاً تتصل إتصلاً وثيقاً مباشراً بكيان الدولة، لأن أحكامها تحدد ركن الشعب في الدولة. ولذلك يبادر المشرع مبكراً إلى تنظيمها بقواعد تشريعية عند نشوء الدولة ولا يسمح للمصادر الأخرى بأن تلعب دوراً في تنظيمها ويبقى التشريع هو المصدر الرئيس لها، وقد يصل الأمر إلى حد النص على بعض أمور الجنسية في الدستور^(١).

ويأتي المركز القانوني للأجانب في المرتبة الثانية بعد الجنسية من حيث اهتمام المشرع بتنظيم أحكامه بقواعد تشريعية، علماً أن للعرف والاتفاقيات الدولية دورهما أيضاً في تنظيم المركز القانوني للأجانب إلى جانب التشريع، في حين أن دور التشريع في تنظيم أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي لا يستلزم أن ينهض به المشرع مبكراً.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية برز دور التشريع كمصدر للقانون الدولي الخاص بعد تأسيس الحكم الوطني فيها عندما تناول المشرع الأردني أولاً تنظيم أحكام المركز القانوني للأجانب عام ١٩٢٧ بقانون إقامة الأجانب لسنة ١٩٢٧ الذي اعتبر نافذاً من تاريخ نشره في العدد ١٩٦٢ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٢٧/٨/١، ثم ألغي هذا القانون وأحل محله قانون الإقامة وشؤون الأجانب رقم ٢٤ لسنة ١٩٧٣ الذي اعتبر نافذاً من تاريخ نشره في الصفحة ١١١٢ من العدد ٢٤٢٦ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٧٣/٦/١٦، كما تناول بالتنظيم أحكام الجنسية عام ١٩٢٧ تنفيذاً لأحكام المادة (٣٠) من معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ التي انسحخت إمارة شرق الأردن بموجبها عن الامبراطورية العثمانية وتأسس فيها الحكم الوطني. إذ ألزمت المادة المذكورة من المعاهدة الدول التي تكونت من الأقاليم المنسلخة عن الامبراطورية العثمانية بتنظيم جنسية أهلها بقانون محلي، ولذلك تم تشريع أول قانون لجنسية شرق الأردن في ١٩٢٧/٤/٢٣ وتم نشره كمشروع في العدد ١٩١ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٢٨/٥/١ وأعلن عن تنفيذه في العدد ١٩٣ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٢٨/٦/١، ثم ألغي هذا القانون وأحل محله قانون

(١) تنص المادة (٥) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية على أن: (الجنسية تحدد بقانون).

الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ الذي نشر في الصفحة ١٠٥ من العدد ١١٧١ من الجريدة الرسمية في ١٦/٢/١٩٥٤ واعتبر نافذاً من تاريخ هذا النشر. ولما كان تنازع الاختصاص القضائي الدولي يتطلب وجود قواعد قانونية تحكمه من خلال تحديد الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية ومدى ما يترك من هذا الاختصاص للمحاكم الأجنبية، فإن المشرع الوطني يشرع القواعد القانونية التي تحدد الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية بصورة عامة، ومن خلال هذا التحديد يتحدد بصورة غير مباشرة اختصاص المحاكم الأجنبية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، حينما يتخلل المشرع الوطني عن هذا الاختصاص في بعض الحالات لمحكمة أجنبية، عكس قواعد تنازع القوانين التي تحدد مباشرة مدى اختصاص القانون الوطني والقانون الأجنبي في أن واحد. ففي كل دولة يرسم المشرع قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية بصورة عامة، سواء أكان هذا الاختصاص داخلياً أم دولياً ضمن قواعد أصول المحاكمات المدنية.

فالمشرع الأردني لم ينظمه ضمن أحكام القانون المدني عكس ما فعله المشرع العراقي^(١)، وإنما نظمه خلال تنظيم الاختصاص القضائي للمحاكم الأردنية بصورة عامة في المنازعات ضمن أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٨٤ لسنة ١٩٥١ الذي نشر في الصفحة ١١٦٧ من العدد ١٠٧ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٧/٧/١٩٥١، ثم ألغى هذا القانون وأحل محله قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٢ الذي نشر في الصفحة ٢٨٨ من العدد ١١٣ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٦/٦/١٩٥٢ واعتبر نافذاً من تاريخ هذا النشر ثم ألغى هذا القانون أيضاً وأحل محله قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ الذي نشر في الصفحة ٧٣٥ من العدد ٣٥٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٢/٤/١٩٨٨ وعمل به بعد مائة وعشرين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، حيث نظمت المادة (٢٧) منه الاختصاص القضائي الدولي الطارئ، ونظمت المادة (٢٨) منه الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحاكم الأردنية.

أما بالنسبة لموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، فله قانون خاص، وهو قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢.

أما أحكام تنازع القوانين والمواطن فقد اهتم المشرع الأردني بتنظيمها لاحقاً عندما شرع القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ونشر في الصفحة ٢ من العدد ٢٦٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر في ١/٨/١٩٧٦ واعتبر نافذاً من تاريخ ١/١/١٩٧٧، ونظمت المواد (١١ - ٢٩) منه تنازع القوانين، ونظمت المواد (٣٩ - ٤٠) منه المواطن.

ومما سبق يتضح أن المشرع الأردني لم يول كافة موضوعات القانون الدولي الخاص قدراً متساوياً من الأهمية، إذ صلب جل اهتمامه المبكر على تنظيم المركز القانوني للأجانب والجنسية أولاً ثم امتد اهتمامه إلى تنظيم الموضوعات الأخرى في وقت لاحق.

(١) لقد نظم المشرع العراقي أحكام الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في المادتين (١٤، ١٥) من القانون المدني تحت عنوان (التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي).

وعلى كل حال فإن التشريعات التي أصدرها المشرع الأردني والتي أشرنا إليها آنفاً تشكل في مجملها قواعد القانون الدولي الخاص الأردني التي سنقوم بشرح أحكامها تباعاً.
ثانياً- العرف الداخلي:

العرف عبارة عن سلوك معين في ناحية معينة من نواحي الحياة ويعتاد الناس على اتباعه بإطراد مصحوب باعتقاد لزومه وترتب الجزاء المادي جبراً على مخالفته. فهو إذن مجموعة قواعد قانونية ملزمة غير مكتوبة لأنها لا تصدر عن السلطة التشريعية، بل تنشأ من اعتياد الناس على اتباعها زمنياً طويلاً حتى تثبت وتستقر وتصبح في نظر الأفراد ملزمة.

فالعرف يتولد وينشأ تدريجياً بصورة اختيارية وتلقائية في ضمير الجماعة لتنظيم ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية التي لم يعالجها المشرع، ولذلك فإن قواعده غير مكتوبة بل مستقرة في أذهان الناس الذين يتواترون بإطراد على اتباعها جيلاً بعد جيل لشعورهم بضرورتها ولزوم احترامها^(١).

والعرف أقدم مصدر للقانون عندما لم تكن القواعد التشريعية موجودة في المجتمعات القديمة، ولكنه بعد أن أخذ التشريع مكان الصدارة تقلص دوره وتخلفت مرتبته بين مصادر القانون، إلا أنه ظل مصدراً للقانون، وهو لا يزال يحتفظ بالمكانة الأولى كمصدر للقانون في الدول الأنجلوسكسونية باعتباره الطريق الطبيعي للتعبير عما يرتضيه ضمير الجماعة من قواعد ملزمة لإقامة النظام في المجتمع^(٢).

والبحث عن القاعدة العرفية والكشف عنها وتطبيقها من واجب القاضي عندما لا يجد نصاً في التشريع. لأن القانون المكتوب رغم اعتباره في الوقت الحاضر هو المصدر الأول لقواعد القانون الدولي الخاص، إلا أن العرف يعتبر أيضاً من المصادر المهمة التي يعتمد عليها هذا القانون لدوره الهام في حل مسائله عندما تكون النصوص القانونية المتعلقة ببعض موضوعاته في القانون المكتوب قليلة، كما في فرنسا. حيث لم يتضمن قانونها المكتوب النصوص الكافية لحل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، فيعتمد على العرف فيهما.

ورغم أن العرف ما يزال يحل مكان التشريع في أغلب الدول عند غياب النص في القانون المكتوب إلا أن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريقه ليست كثيرة، نذكر منها قاعدة (خضوع الميراث المنقول لقانون المتوفى)، وقاعدة (خضوع

(١) انظر كاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المدخل لدراسة القانون - مطبعة مؤسسة المعاهد الفنية - بغداد / ١٩٨٦ - ص ٢٠٤ - ٢٠٦، وعبد الباقي البكري وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطبعة التعليم العالي في الموصل / ١٩٨٩ - ص ١٣٩ والأستاذ عبد الرحمن البراز - مبادئ أصول القانون - مطبعة العاني - بغداد / ١٩٥٤ ص ١٠٩.

(٢) انظر مؤلفنا - مبادئ القانون - نظرية القانون - مسحوبة بالرونو - مكتبة خدمة العلم - الرياض / ١٩٧٠ - ص ٨٩ - ٩٠ والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٢٩ والدكتور حسن الهادي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمواطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٢٠.

شكل العقد لقانون بلد إبرامه)، وقاعدة (خضوع الأهلية لقانون الجنسية). فهذه القواعد التي نجدها في تشريعات الدول المختلفة كان أصلها عرفاً استقر العمل به منذ زمن طويل حتى احتوته هذه التشريعات.

ودور العرف كمصدر في خلق القواعد القانونية لموضوعات القانون الدولي الخاص يختلف تبعاً لموضوعاته. فآثره يعظم حين يقل تدخل المشرع في تنظيم العلاقات بنصوص مكتوبة، لأن القانون ضرورة اجتماعية، فإن لم تنشئه جهة رسمية في المجتمع ينشأ ذاتياً في ضمير الجماعة^(١)، بينما أثره يقل عندما يزداد لجوء المشرع إلى وضع تشريعات تغطي متطلبات السيادة، كما في الجنسية التي لا يجد العرف مجالاً في تنظيمها لتعلق أحكامها بكيان الدولة وسيادتها، ولأن المشرع يوليها جل اهتمامه بتنظيمها تنظيمياً كاملاً بتشريع يتمتع معه أن يكون للعرف فيه أي أثر، بخلاف المركز القانوني للأجانب الذي ما زال للعرف دوره الملحوظ في تحديده. إذ أن أكثرية القواعد التشريعية المتعلقة به هي ذات أصل عرفي، كقاعدة (ضرورة الاعتراف بحد أدنى من الحقوق للأجانب)^(٢)، وهكذا الحال بالنسبة لتنازع القوانين. فدور العرف ضيق في الموطن وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. لأن القواعد العرفية في هذه الموضوعات ضئيلة. بينما دوره عظيم في تنازع القوانين ومعدوم في الجنسية وواضح في المركز القانوني للأجانب، ويمكن القول أن دور العرف في الوقت الحاضر أضعف مما كان عليه في السابق، ولا سيما في القرن التاسع عشر. لأن معظم الدول في العالم فضلت تقنين أحكام العرف في قوانينها المدنية، ومنها القانون المدني الأردني لعام ١٩٧٦، أو على شكل تشريع خاص للقانون الدولي الخاص كما حصل في (تشيكوسلوفاكيا السابقة). وفي أمريكا يتم وضع القواعد العرفية على شكل مواد قانونية محدودة المعالم والأحكام سنوياً من قبل كبار الأساتذة والفقهاء والحكام^(٣).

ومما يلاحظ أن العرف قد يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة كمصدر رسمي للقانون، كما في العراق^(٤) ومصر، بينما في المملكة الأردنية الهاشمية يأتي بين مصادر القانون في المرتبة الرابعة بعد مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي والتشريع وقبل قواعد العدالة. إذ تنص المادة (٢) من القانون المدني الأردني على أن: (١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بالفاظها

(١) انظر الدكتور مصطفى كامل ياسين - مذكرات في القانون الدولي الخاص - مسحوبة بالرونو - بغداد/ ١٩٥٦ ص ١١ ومولفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - المرجع السابق - ص ٣٩.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداوي - المرجع السابق - ص ٢٠.

(٣) المرجع السابق - ص ٢١.

(٤) تنص المادة الأولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فمقتضى قواعد العدالة. ٢- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

ومعانيها ولا مساع للاجتهاد في مورد النص ٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً وثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسمي بحكمه على ذلك البلد. ٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

ثالثاً- القضاء الداخلي:

القضاء الداخلي كمصدر للقانون الدولي الخاص هو قرارات المحاكم الوطنية الصادرة في مسائل القانون الدولي الخاص، ويعتبر مصدراً وعاملاً مهماً لتطوير القانون وتوجيه المشرع في صياغة نصوصه. وذلك لأن مهمة القضاء هي تطبيق القواعد القانونية سواء أكانت نصوصاً تشريعية أم قواعد عرفية وتفسير الغامض والمبهم منها. ولكن في كثير من الأحوال قد لا يجد القاضي النص القانوني أو العرف ليحكم به في النزاع المرفوع أمامه. ففي هذه الحالة لا يجوز له الامتناع عن حسم النزاع وعدم الحكم فيه بحجة عدم وجود الحكم اللازم له في التشريع أو العرف، بل يتحتم عليه حل النزاع وإصدار الحكم فيه بالتوجه إلى ابتكار الحلول مستعيناً بالمنطق القانوني والاجتماعي ومستوحياً بالمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة وإلا عد منكراً للعدالة. فإذا تكرر الحكم بشأن قضايا متشابهة واتباع نفس الحل لحسم هذه القضايا المتشابهة اعتقاداً بأن هذه القاعدة أصبحت ملزمة، صارت عرفاً قضائياً بمرور الزمن ومصدراً هاماً يضاف إلى (المصدرين الأولين التشريع والعرف) وأصبح عمل القاضي هذا مرجعاً أساسياً لا غنى عنه لتفهم القواعد القانونية ومتابعة تطبيقها عملياً.

فالقضاء يشمل الجانب العملي للقانون عندما يتولى القاضي تطبيق القواعد القانونية على ما يعرض عليه من قضايا ويضع الحلول العملية للجزئيات دون ضمان التناسق فيما بينها. فإذا اقتعد النص، عليه أن يستقي الحل من المصادر الأخرى للقانون، كالعرف وغيره. وإذا لم يجد حلاً للنزاع في جميع المصادر ليس له رده بحجة عدم وجود حكم له، بل عليه أن يقضي فيه بما توحى به قواعد العدالة، وهكذا تمثل قرارات المحاكم المتواترة موقفاً قضائياً معيناً تهتدي به المحاكم الأخرى فيما يعرض عليها من قضايا مماثلة^(١)، وهذا ما يستفاد من حكم الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الأردني.

ومن الدول ما تعطي للسوابق القضائية قوة الإلزام ما لم تعدل عنها المحاكم، وتقابل في أهميتها القواعد التشريعية وتعتبر مصدراً رسمياً أصلياً للقانون، خاصة الدول ذات الاتجاه الأنجلوسكسوني، كبريطانيا وأستراليا ونيوزلندا وجنوب أفريقيا التي تعتبر السابقة القضائية فيها هي المصدر الرسمي الأصلي للقانون، بحيث يعتبر كل حكم تصدره

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٣٠ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٢ وعبد القادر أفندي السنوي - حقوق الدول الخاصة - مطبعة دار السلام - بغداد/ ١٩٢٣ - ص ١٤ والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٢.

المحكمة سابقة قضائية ملزمة لنفس المحكمة وللمحاكم الأخرى الأدنى منها درجة في القضايا المماثلة ولا يجوز مخالفتها كالنص التشريعي تماماً.

أما في الدول ذات الاتجاه اللاتيني كفرنسا والدول التي تخذو حذوها، مثل المملكة الأردنية الهاشمية والعراق وسوريا، فإن السابقة القضائية غير ملزمة، على أساس أن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق القانون طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات وليس له خلق القواعد القانونية. ولذلك لا يعتبر القضاء مصدراً رسمياً للقانون ولا تعتبر السابقة القضائية ملزمة لنفس المحكمة التي أصدرتها ولا للمحاكم الأخرى الأدنى منها درجة في القضايا المماثلة التي تعرض عليها، وإنما يعتبر القضاء من المصادر التفسيرية التي يستأنس ويسترشد بها القاضي عندما يبحث عن الحكم اللازم لحل النزاع المعروض عليه بين مصادر القانون، وهذا ما يستفاد من الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الأردني التي جاء فيها: (ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

فالمحكمة عندما تطبق القانون على المنازعات المعروضة عليها يكون حكمها فيها ملزماً لطرفي الخصومة فقط ولا يجوز لها أن تصدر حكماً مستمراً تلتزم بتطبيقه في المستقبل بالنسبة للمنازعات المماثلة. كما لا يجوز لها أن تصدر حكماً تقيد به غيرها من المحاكم. وحتى أن محكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي بنت عليها قراراتها السابقة ولا تلتزم محاكم الاستئناف والبدائية بقراراتها فيما يطرح أمامها من خصومات متشابهة، ولا يلزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم. غير أنه بناء على ما لها من رقابة على تطبيق القوانين إذا نقضت الحكم المميز وأعادته إلى المحكمة التي أصدرته وأعادت المحكمة نظر الدعوى وأصرت على حكمها السابق للعلل والأسباب التي استندت إليها في الحكم المنقوض واستدعى أحد الطرفين تمييز قرار الإصرار يجوز لمحكمة التمييز أن تدقق فيه مرة ثانية وتصدر قراراً إما برؤية الدعوى مرافعة والفصل فيها بحكم نهائي أو بتأييد الحكم أو نقضه^(١). فإذا قررت نقضه للأسباب التي أوجبت النقض الأول لها أن تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فيها وعندئذٍ عليها أن تمثل لهذا القرار إمتثالاً لا يعني الأخذ بالسابقة القضائية في القانون الأردني - خاصة أن لمحكمة التمييز الحق في العدول عن المبادئ التي بنت عليها قراراتها السابقة. فإذا رأت أن إحدى هيئاتها تخالف مبدأ مقرر في حكم سابق، عليها إحالة الدعوى في هذه الحالة إلى الهيئة العامة.

المطلب الثاني

المصادر الدولية

سبق أن ذكرنا أن قضايا القانون الدولي الخاص رغم تعلقها في الغالب بمصالح الأفراد إلا أنها ذات صبغة دولية لكونها مشوبة بعنصر أجنبي وتمس سيادة الدولة بصورة

(١) راجع المواد ٢٠٠ - ٢٠٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ المنشور في الصفحة ٧٣٥ من العدد ٣٥٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٨٨/٤/٣.

غير مباشرة عن طريق مصالح الأفراد التابعين لها. ولهذا فإن لقواعد القانون الدولي الخاص صلة وثيقة بسيادة الدولة لكونها تحكم هذه القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، فلا بد إذن من أن يعتمد هذا القانون في بعض قواعده على مصادر دولية بالإضافة إلى المصادر الداخلية. والمصادر الدولية للقانون الدولي الخاص هي:

أولاً- الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

تتمثل المصادر الدولية المكتوبة للقانون الدولي الخاص في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الجماعية أو الثنائية التي تعقد بين الدول المختلفة في موضوعات هذا القانون. فالمسائل التي تخص القانون الدولي الخاص رغم أنها تتعلق بمصالح الأفراد غالباً، إلا أنها ذات صبغة دولية وتمس في كثير من الأحيان سيادة الدولة بصورة غير مباشرة عن طريق رعاية مصالح الأفراد التابعين لها، كما لو فرضت إحدى الدول جنسيتها على أحد رعايا دولة أخرى جبراً. فهذه القضية وغيرها قد تؤدي إلى قيام نزاع بين الدول المعنية واحتمال تطور هذا النزاع إلى حد إعلان الحرب بينها، كالنزاع الذي نشب بين فرنسا وانكلترا أثر صدور تشريع فرنسي لتنظيم الجنسية في تونس ومراكش في ١٩٢٣/٢/٧.

فالدول تسعى دائماً لتنظيم علاقاتها وحل مشكلاتها ووضع الحلول العملية لمنازعاتها داخل الأسرة الدولية بمعاهدات واتفاقيات جماعية أو ثنائية لتجنب التوتر في العلاقات بسبب هذه القضايا ولتحقيق مصالح الدول المتعاقدة في نفس الوقت وجعل الحلول أكثر انسجاماً بين أعضاء الأسرة الدولية. وقد يكون موضوع اتفاقية أو معاهدة دولية تنظيم بعض أو كل قضايا تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي أو مركز الأجانب أو الجنسية أو تنفيذ الأحكام الأجنبية. وذلك لأن المشرع الوطني قد تفوته معالجة بعض الأسباب التي تؤدي إلى تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي أو ازدواج الجنسية أو انعدامها، فلا يكفي حينئذ التشريع وحده لإيجاد المخرج القانوني لمثل هذه الحالات فتلجأ الدول إلى عقد المعاهدات والاتفاقيات كوسيلة لمعالجتها وحلها عملياً^(١). ويكفي لاعتبار الاتفاقية أو المعاهدة مصدراً دولياً للقانون الدولي الخاص أن تعقد في موضوعاته بين دولتين أو أكثر. إلا أن أثر الاتفاقيات والمعاهدات قليل في صنع قواعد القانون الدولي الخاص إذا ما قيس بأثر التشريع. لأن الاتفاقيات الدولية قليلة في موضوعات القانون الدولي الخاص من جهة، وهي لا تلزم سوى أطرافها من جهة أخرى. فالاتفاقيات الثنائية تلزم بمضمونها دولتان ولا يكون لها أثر تجاه غيرهما، لأنه لو قبلنا بسريانها إلى غيرهما لوجب أن يعطى لكل دولة حق وضع قواعد ملزمة لغيرها من الدول، وهذا مرفوض لما فيه من إخلال بسيادة واستقلال الدول. إلا أنه من الجائز إباحة الانضمام إلى الاتفاقية لغير الدول المتعاقدة لتستفيد من أحكامها عند توقيعها عليها. حيث تصرح بعض الاتفاقيات والمعاهدات المبرمة بجواز استفادة الدول غير المتعاقدة من حكمها في

(١) تنص المادة الأولى من قانون الجنسية الجزائرية لسنة ١٩٧٠ على أن: (تحدد الشروط الضرورية للتمتع بالجنسية الجزائرية بموجب القانون، وعند الاقتضاء بواسطة المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي يصادق عليها ويتم نشرها).

حالة التوقيع عليها وقبول أحكامها، كما حصل ذلك في اتحاد باريس لسنة ١٨٨٢م الخاص بحماية الملكية الصناعية.

ودور المعاهدات والاتفاقيات الدولية في معالجة مسائل القانون الدولي الخاص لا يتساوى بالنسبة لمختلف موضوعاته، فدورها قد يكون هاماً في التصدي لمعالجة ازدواج الجنسية وانعدامها وجنسية التأسيس ولا سيما في حالة انفصال الأقاليم من بعض الدول وإحاقها بدولة أو دول جديدة، كما حصل في معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣، حيث كانت تنص على وجوب تنظيم جنسية أهالي الأقاليم المنسلخة عن الامبراطورية العثمانية بتسريع محلي. إلا أن دورها فيما عدا ذلك قليل في الأمور الأخرى للجنسية، بينما تزداد أهميتها في موضوع مركز الأجانب نظراً لاهتمام الدول بتوفير وضمان قسط كبير من الحماية لرعاياها في الخارج عندما تتفق فيما بينها من خلال اتفاقية دولية على تبني الحلول التي تؤمن هذه الناحية للمصلحة المشتركة، خاصة ان المعاهدات والاتفاقيات الدولية تعتبر خير وسيلة لممارسة سياسة المعاملة بالمثل، كدخول رعايا كل واحدة منها في إقليم الأخرى للإقامة أو للمرور أو لممارسة العمل أو للتمتع بالرعاية الاجتماعية وتحديد مدى ما يتمتعون به من حقوق، كحق تملك الأموال وممارسة النشاط الاقتصادي والمهني... إلخ.

وللمعاهدات والاتفاقيات الدولية أثر كبير في موضوعي تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية بتخفيف الشروط اللازمة لتنفيذ الأحكام أو بمنح بعض الامتيازات أو الأفضلية تنفيذاً لسياسة المعاملة بالمثل المنصوص عليها في اتفاقية أو معاهدة أو التمتع بشرط الدولة الأكثر رعاية.

أما فيما يتعلق بموضوع تنازع القوانين، فرغم بذل المساعي الدولية لتوحيد حلوله، إلا أنه لم يتم التوصل إلى وضع قواعد قانونية دولية موحدة له، ولكن الاتفاقيات الدولية لعبت دوراً واضحاً رغم ذلك في معالجة مسأله كما سنرى ذلك من خلال ذكر بعض تلك الاتفاقيات.

والمعاهدة أو الاتفاقية الدولية كمصدر للقانون الدولي الخاص تتسم بالوضوح والصراحة مما يجعلها خالية من جميع المحاذير الموجودة في العرف أو القضاء. كما أن اتباع القاضي لنصوص المعاهدة يكون أشد درجة في انقياده للعرف أو القضاء. وذلك لأن المعاهدة قانون والقانون يجب تطبيقه واتباعه حرفياً، الأمر الذي يجعل وجود المحاذير في المعاهدة أو الاتفاقية معدوماً. إذ لا يمكن للقاضي أن ينقاد لعواطفه الوطنية ويبطل حق شخص أجنبي تقرره معاهدة أو اتفاقية أبرمتها دولته. وتجدر الإشارة إلى أن أهمية المعاهدات والاتفاقيات الدولية قد ازدادت في الحياة الدولية المعاصرة إلى درجة ملحوظة في مختلف الميادين، نتيجة الحاجة المتبادلة بين الدول^(١).

وهناك أمثلة كثيرة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية التي أبرمت بين مختلف الدول في مسائل القانون الدولي الخاص^(٢).

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم - المرجع السابق - ص ١٦.

(٢) ومن هذه الاتفاقيات والمعاهدات في موضوع تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي نذكر، اتفاقية (مونتهفيدو) لعام ١٨٨٩م المعقودة بين دول أمريكا الجنوبية بشأن توحيد قواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في المسائل المدنية والتجارية والملكية الأدبية والصناعية والمهن الحرة، -

خواص المعاهدات كمصدر للقانون الدولي الخاص:

للمعاهدات خواص جعلتها موضع خلاف بين الفقهاء، وهذه الخواص هي:

١: الخاصية القانونية: وترفع هذه الخاصية المعاهدات إلى منزلة القانون الداخلي، فينضم على الأفراد والمحاكم مراعاة نصوصها كمراعاتهم لنصوص القوانين الوطنية، وإذا أخطأ القاضي في تطبيق نصوصها كان حكمه قابلاً للاستئناف والتمييز.

فالفقهاء الذين ينكرون الصفة الدولية على القانون الدولي الخاص يرون أن المعاهدة المعقود لها قوة القانون الداخلي، على أساس أن المعاهدة تستمد قوتها الملزمة من السلطة التشريعية الوطنية التي تشرع القوانين الداخلية ولا تكون المعاهدة نافذة ما لم

« وقد أقرتها في حينه حكومات الأرجنتين وبوليفيا وباراغواي وأوروغواي، واتفاقية الإقامة والصلحية الملحقة بمعاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ التي عالجت بعض مسائل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في تركيا، واتفاقيات لاهاي بشأن تنازع القوانين في مسائل الزواج والطلاق والوصاية والميراث، واتفاقيات جنيف لعامي ١٩٣٠ و ١٩٣١ بخصوص تنازع القوانين بشأن الكمبيالة (السند لأمر) والسند الأذني والشيك، واتفاقية عام ١٩٣١ المعقودة بين الدنمارك وفنلندا وإيسلندا والسويد بخصوص توحيد قواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والتبني والقوامة... إلخ.

وفي موضوع الجنسية نذكر، الاتفاقية التي عقدتها إسبانيا مع الدومنيكان عام ١٨٥٥ لمكافحة ازدواج الجنسية واتفاقية (كارليه) التي عقدت بين فرنسا وبلجيكا عام ١٨٩١ خصيصاً لحل النزاع بينهما حول جنسية المدعو (كارليه)، واتفاقية تبادل السكان التي عقدت عام ١٩١٤ بين تركيا واليونان، ومعاهدة فرساي التي عقدت عام ١٩١٩ عقب الحرب العالمية الأولى ونصت في بعض موادها على ضم بعض الأقاليم إلى الدنمارك وبلجيكا وبولندا ورومانيا وكيفية تنظيم جنسية أهالي هذه الأقاليم، ومعاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ التي نصت المواد (٣٠-٣٦) منها على كيفية تنظيم جنسية الأقاليم المنسلخة عن الإمبراطورية العثمانية، والاتفاقية العربية لعام ١٩٥٢ التي كانت تنظم جنسية أبناء الدول العربية الذين يقيمون في غير البلاد التي ينتمون إليها بأصلهم ولم يكتسبوا جنسيتها، والاتفاقية الدولية لجنسية النساء المتزوجات من الأجانب لعام ١٩٥٧ التي نصت على عدم تأثير الزواج المختلط في جنسية الزوجة بشيء، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٥٨، والبرتوكول الاختياري بشأن اكتساب الجنسية في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١ الذي منع فرض الجنسية على أولاد المبعوثين الدبلوماسيين الذين يولدون في إقليم الدولة التي اعتمدوا لديها ولو كان قانون تلك الدولة يأخذ بأساس حق الإقليم في فرض الجنسية. إلخ.

وفي المركز القانوني للإجانب نذكر الاتفاقية التي عقدت بين فرنسا وإسبانيا عام ١٨٦٢ بشأن تمكين رعاياها من الانتفاع بدور الشفاء الخاصة بالمجانين في إقليم كل منهما، والمعاهدة الخاصة بالإجانب لعام ١٩٣٣، والاتفاقية التي عقدت بين هولندا وبلجيكا ولوكسمبرغ عام ١٩٥٨ بشأن تمتع رعاياها بحرية التنقل والإقامة وممارسة العمل وبالحماية القانونية والقضائية، واتفاقية الإقامة والتوطن التي عقدت بين فرنسا وبلجيكا عام ١٩٦٧، واتفاقية تنقل الأيدي العاملة بين الدول الأعضاء في مجلس الوحدة الاقتصادية العربية لعام ١٩٧٠، والاتفاقية العربية للمعاملة بالمثل في نظم التأمينات الاجتماعية لعام ١٩٧٠... إلخ.

وفي موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، نذكر اتفاقية الأحكام القضائية التي عقدت بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٥٢ واتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٨٣... إلخ. (للقوف على تفاصيل هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية راجع الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الطبعة السادسة - القاهرة/ ١٩٦٩ ص ٥٤. والدكتور ماجد الحلواني - المرجع السابق - ص ٢٢ ومولفيا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٧ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٣-٢٤ والدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ١٤ والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٢٦-٢٧ وعبد القادر أفندي السنوي - المرجع السابق - ص ٢٧-٣٠ والدكتور معدود عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ١٦ - ١٧ و

Dr. Ergin Nomer, Teb'a ile Yabancıların Hukuk Musavati - Istanbul- 1962, sf. 91 ve
prof. Dr. Osman Berki- sf. 164

تصادق عليها هذه السلطة، لأنها لا تدخل في حيز التنفيذ بمجرد إقرارها من قبل السلطة التنفيذية، بل إن السلطة التشريعية هي صاحبة الكلمة الأخيرة في المصادقة عليها، شأنها في ذلك شأن القوانين الداخلية. ولذلك لا تعتبر المعاهدة الدولية بحسب هذا الرأي الغالب من المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص، لأنها تستمد قوتها الملزمة من المصدر ذاته الذي يستمد منه التشريع الداخلي قوته الملزمة. فاشتراط صدور المعاهدة بقانون صادر عن السلطة التشريعية يدخلها في نطاق القانون الداخلي ويجعلها بمثابة المصدر المختلط (دولي وداخلي) في آن واحد.

٢- **الخاصية التعاقدية:** وتحصر هذه الخاصية أثر المعاهدات بين المتعاقدين فقط، بحيث لا يسري حكمها على الغير، مع قبول بعض الاستثناءات التي تجعل نصوص المعاهدة سارية على غير الدول المتعاقدة في بعض الحالات، منها:

أ- تصريح بعض المعاهدات جواز استفادة الدول غير المتعاقدة من حكمها، كما في اتحاد باريس لعام ١٨٨٢م الخاص بالملكية الصناعية.

ب- المعاهدات المتعلقة بتنفيذ الإعلانات يستفيد من أحكامها رعايا الدول غير المتعاقدة أيضاً فيجري تنفيذ الإعلانات في بلاد المتعاقدين بغض النظر عن جنسية المترافعين، سواء أكانوا من تابعي الدول المتعاقدة أم من تابعي دول أخرى.

٣- **الخاصية الاستثنائية:** إذ قد تحتوي المعاهدة نصوصاً تخالف قوانين الدولة الداخلية، فلا يحق للقاضي عندئذ تفسير غموض يشوب نصوصها، وإنما يحق ذلك للحكومات التي وقعت عليها، وبذلك تدخل في عداد القوانين الاستثنائية.

واختلف الفقهاء بالنسبة لقوة نفاذ المعاهدة إزاء القانون الداخلي، كأن تعقد دولة معاهدة تناقض نصوص قانون داخلي سابق لإبرامها أو تسن قانوناً داخلياً جديداً يناقض أحكام معاهدة سابقة لنفاذه. فهل تلتزم المحكمة في هذه الحالة بتطبيق القانون الداخلي أم المعاهدة؟ وهل تكون للمعاهدة الدولية قوة نفاذ أكبر من قوة نفاذ القانون الداخلي باعتبار أن الدولة لا تستطيع أن تغير من أحكام المعاهدة الدولية بإرادتها المنفردة بمثل ما تستطيع أن تغير أحكام قوانينها الداخلية؟ وهل تعتبر أحكام المعاهدة الدولية ناسخة لأحكام القانون الداخلي السابق لإبرامها بالنظر لصفاتها الدولية ويكون التفضيل والترجيح لما ورد فيها.

مما لا شك فيه أن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية ملزمة للدولة الموقعة عليها ولا تستطيع الخروج على ما جاء فيها من التزامات. فعلى الدولة احترام أحكام المعاهدة والامتناع عن تشريع قواعد قانونية داخلية مخالفة لها وإلا ترتبت عليها المسؤولية الدولية. ولكن يجب أن نفرق هنا بين ما إذا كان التعارض بين نصوص معاهدة دولية ونصوص قانون داخلي في نزاع معروض على الصعيد الدولي أمام محكمة دولية، أو على الصعيد الداخلي أمام محكمة وطنية، وفيما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية لاحقة للقانون الداخلي أم سابقة له.

فإذا كان التعارض قد حصل في نزاع مرفوع إلى محكمة دولية، فإن القاضي الدولي يطبق عادة أحكام المعاهدة ولا يقبل أن يكون التشريع الداخلي ذريعة بيد الدولة للتخلص من التزاماتها الدولية التي التزمت بها في المعاهدة. وهذا ما ذهب إليه الرأي

الاستشاري لمحكمة العدل الدولي الدائمة سنة ١٩٣٢ بخصوص معاملة البولنديين في دانزغ من قبل ألمانيا^(١)، حيث جاء في القرار المذكور: (إن الدولة لا تستطيع أن تستند إلى دستورها بقصد التهرب من الالتزامات الملقة على عاتقها بمقتضى المعاهدات السارية)^(٢). أما إذا كان التعارض أمام محكمة وطنية في الدولة بين معاهدة دولية وقانون داخلي وكانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية لاحقة للقانون الداخلي، فإن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية تعتبر أقوى من القانون الداخلي، بالنظر لصبغتها الدولية وترتب المسؤولية الدولية على مخالفتها من جهة، ولأن المعاهدة أو الاتفاقية الدولية بالنسبة للقاضي الوطني هي قانون داخلي أحدث محل القانون السابق المتعارض معها ويتبع بشأنها القاعدة العامة بصدد رفع التعارض بين القوانين الداخلية والتي تقضي بأنه في حالة تعارض تشريعين داخليين من مرتبة واحدة، فإن الجديد منهما ينسخ القديم بقدر ما يرفع التعارض بينهما. وعملاً بهذه القاعدة فإن المعاهدات الدولية اللاحقة للقانون الداخلي المتعارض معها تعتبر أقوى منه وناسخة لأحكامه المتعارضة مع أحكامها، وقد تأيد ذلك بقرارات قضائية عديدة صدرت عن محاكم دول مختلفة، منها المحاكم البلجيكية التي سبق أن قضت بترجيح المعاهدة على القانون الداخلي السابق لإبرامها في قضية الملك ليوبولد الثاني الذي عقد زواجه بمعاهدة سياسية دولية، ثم حدث بعد وفاته أن رفع بعض أقاربه دعوى بطلان هذا الزواج أمام المحاكم البلجيكية على أساس أنه مخالف لنصوص القانون الداخلي البلجيكي الذي يقضي بضرورة إبرام عقد الزواج أمام موثق رسمي مختص، فرفضت المحكمة المختصة الدعوى باعتبار أن القانون الداخلي البلجيكي يعتبر ملغياً في هذه الدعوى بنصوص المعاهدة اللاحقة التي عقد الزواج بموجبها^(٣).

ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة التمييز السورية في قضية حصلت بين بلدية دمشق وأحد دانتيتها عندما اختلف الدائن مع البلدية على قيمة الوفاء بدين عقده البلدية معه بالليرات الذهبية قبل الحرب العالمية الأولى حين أرادت البلدية الوفاء بدينها على أساس (١١٢,٥) قرشاً سورياً لكل ليرة استناداً إلى قرار كان قد صدر من المندوب السامي الفرنسي في سوريا برقم ٦٥٥ وتاريخ ٢١ كانون الأول سنة ١٩٢٣ بشأن تسوية الديون التي كانت على المؤسسات العامة، بينما كان الدائن يطالب بالوفاء على أساس سعر الليرة يوم الدفع استناداً إلى المادة (٧٣) من معاهدة لوزان لسنة ١٩٢٣ التي نصت على تسديد بدل المقاولات الأجنبية بأمثالها، فقضت محكمة التمييز في قرارها بضرورة إعمال نصوص المعاهدة رغم تشبث المفوضية الفرنسية آنذاك بترجيح القانون الداخلي على أحكام المعاهدة^(٤).

ولمحكمة النقض الفرنسية أيضاً عدة قرارات صادرة بهذا الخصوص، منها قرارها الصادر عام ١٩٣٦ بشأن نطاق سريان قانون الملكية التجارية، حيث قضت بأن

(١) دانزغ منطقة معظم سكانها من الألمان وجعلتها معاهدة فرساي منطقة حرة.

(٢) انظر المادة (١٨) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة ١٩٦٩م والدكتور معذوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ١٨.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ٦٦.

(٤) انظر الدكتور ماجد الحلواني - المرجع السابق - ص ٦١.

هذا القانون يستثنى من أحكامه الأجنبي الذي يستطيع التمسك بمعاهدة دولية لاحقة^(١). أما إذا كانت المعاهدة أو الاتفاقية الدولية سابقة للقانون الداخلي فيلزم عندئذ التفريق بين حالتين:

١- إذا كان التعارض صريحاً وواضحاً فيتم الرجوع إلى دستور الدولة، بحيث إذا كان الدستور ينص على اعتبار المعاهدة في مركز أعلى من التشريع الداخلي فإن المحكمة تحكم عندئذ بمقتضى المعاهدة وتوقف تطبيق حكم التشريع الداخلي. أي تعتبر المعاهدة في هذه الحالة أسمى من القانون الداخلي، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٠) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ على أساس أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية هي في مركز أقوى من القوانين الداخلية، والمادة (٦) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية التي تنص على اعتبار ما تبرمه أمريكا من معاهدات بمثابة القانون الأعلى في إقليمها، وهكذا الأمر في دستور ألمانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩.

أما إذا كان التعارض صريحاً ولم يوجد في الدستور أي نص صريح بترجيح المعاهدة الدولية على القوانين الداخلية ولم يتضمن القانون اللاحق للمعاهدة أي نص يقضي صراحة بسمو حكم المعاهدة، فيطبق الأحدث. لأن الأحدث ينسخ الأقدم، وأن القاضي الوطني لا يستطيع أن يطبع غير أوامر المشرع الوطني، فيطبق القانون الداخلي الأحدث لأنه لاحق لانعقاد المعاهدة ما لم يصدر تشريع داخلي آخر بإزالة هذا التعارض الصريح^(٢). وكان الدستور الأمريكي لعام ١٧٧٨ يأخذ بذلك. ولكن هذا قد يؤدي إلى تحميل الدولة مسؤولية الإخلال دولياً بعهودها ومواثيقها الدولية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، مما حمل بعض الفقهاء على ترجيح المعاهدة على القانون الداخلي في هذه الحالة لتحاشي تعرض الدولة للمسؤولية الدولية، وإننا بدورنا نؤيد هذا الرأي^(٣).

٢- أما إذا كان التعارض ضمناً ولا يوجد في الدستور نص بترجيح المعاهدة على القانون الداخلي، فيجب تطبيق المعاهدة على أساس أنها حكم خاص، وأن الحكم الخاص يقيد العام. فالتشريع يسري على أساس أنه حكم عام، والمعاهدة تسري على أساس أنها حكم خاص^(٤)، هذا من جهة، ولصبغتها الدولية التي لا تجيز للدولة الموقعة عليها أن تعجل أو تلغي أحكامها بإرادتها المنفردة عن طريق إصدار تشريع داخلي لاحق لها، وإنما يجوز لها ذلك باتباع الطرق المعمول بها في القانون الدولي العام وبعد موافقة بقية الدول الموقعة على المعاهدة، وبهذا المعنى قضت محكمة التمييز السورية في قرارها المرقم ٢٣ والمؤرخ في ١٩٣١/١٢/٣٠ بأنه ليس لقانون داخلي أن يأتي بقواعد مخالفة

(١) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - للمرجع السابق - ص ٤٦.

(٢) انظر الدكتور حسن الجبلي - الوجيز في القانون الدولي العام - بغداد/ ١٩٧٨ - ص ١١٩ وما بعدها والدكتور شهاب نوما منصور - شرح قانون العمل - دراسة مقارنة - الطبعة الخامسة - بغداد/ ١٩٧٣ - ص ٦٦-٦٧.

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٦.

(٤) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ١٩.

لأحكام معاهدة دولية سابقة له أو أن يغير ولو بصورة غير مباشرة في أحكامها^(١).
٢- وفي المملكة الأردنية الهاشمية سكت دستور عام ١٩٥٢ عن هذه المسألة، إلا أن المادة (٢٤) من القانون المدني الأردني قد أتت بحكم خاص لقواعد تنازع القوانين ينص على أن: (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها). وتبدأ هذه المواد من (١١- ٢٩) من القانون المدني.

فالحكم الوارد في المادة (٢٤) يقضي بأن كل تعارض يقع بين قواعد تنازع القوانين الأردنية من المادة (١١) إلى المادة (٢٩) من القانون المدني وبين معاهدة دولية نافذة في الأردن من حيث الاختصاص التشريعي يكون الترجيح فيه للمعاهدة^(٢).
ثانياً- العرف الدولي:

لا تكون الأعراف داخلية فحسب، بل دولية أيضاً عندما تتقبلها أكثرية الدول ويتكرر العمل بها عدة مرات، فتعتبر مصدراً دولياً للقانون الدولي الخاص، ولهذا تعطي غالبية دول العالم أهمية للعرف ما دام يزودها بمبادئ مقبولة من المجتمع الدولي. إلا أن تشابه أحكام العرف الداخلي في مختلف الدول لا يقود وفق رأي بعض الشراح إلى القول بوجود عرف دولي، لأن هذه الأحكام تستمد قوتها الملزمة برأيهم من المجتمع الداخلي الذي تنمو وتتطور في كنفه ولا تستمدّها من المجتمع الدولي. ويضيفون أن وجود العرف وإلزامه يكون في القانون الدولي العام لا في القانون الدولي الخاص، وأن العرف الدولي الذي يقال أنه يخص القانون الدولي الخاص، كقاعدة حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، ومبدأ تقرير حد أدنى من الحقوق للأجانب، يُعد من مبادئ القانون الدولي العام لا الخاص. إذ أن هذه المبادئ كما يقولون تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر ولا تنظم علاقات الأفراد الدولية الخاصة. فهي إذن تخص الدول لا الأفراد^(٣). كما أن محكمة العدل الدولية الدائمة سبق أن أنكرت في حكمين لها وجود عرف دولي لحل تنازع القوانين في حالة القانون الحاضرة رغم وجود حلول مماثلة في مختلف الدول لتنازع القوانين تنلمس أساسها في عرف دولي، كقاعدة إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامها^(٤).

وهناك من يدافع عن العرف الدولي كمصدر للقانون الدولي الخاص^(٥) ويدعي وجود قواعد عرفية مشتركة بين الدول، رغم أن هذه القواعد تأخذ في كل بلد شكلاً وطنياً من حيث مجال تطبيقها وتفسيرها بواسطة القضاء الوطني^(٦)، وأن وجود هذا العرف لا

(١) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٤٦.

(٢) علماً بأنه جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة (أن المعاهدات لا تكون نافذة في الأردن إلا إذا صدر تشريع يقضي بذلك. ومتى صدر هذا التشريع وجب امضاء أحكام المعاهدة وفقاً لما استقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد التي تقدمت الإشارة إليها).

(٣) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٠.

(٤) انظر الدكتور مصطفى كامل ياسين - المرجع السابق - ص ١٥.

(٥) انظر الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض - مبادئ القانون الدولي الخاص في القانونين اللبناني والمصري. الجزء الأول - بيروت/ ١٩٦٩ - ص ٢٧ - ٢٨.

(٦) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٣٠.

يعتمد على إلزامه أو عدم إلزامه للدول، بل على شيوعه في معظم دول العالم وتكرار العمل به وتقبله عن اختيار. فقلة تلك القواعد العرفية الملزمة للجماعة الدولية وعدم تحديد معالمها في بعض الحالات لا يؤدي إلى نكران وجودها، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي القائم على الاعتراف بوجود أعراف دولية ملزمة للجماعة الدولية في تنظيم مسائل القانون الدولي الخاص وإن كانت قليلة، بدليل أن المشرع الوطني في بعض الدول اعترف بذلك صراحة. فمثلاً تنص المادة (١/١٠٣) من الدستور الأردني على أن: (تمارس المحاكم النظامية اختصاصاتها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون)^(١). وأقرت معاهدات واتفاقيات دولية عديدة ضرورة مراعاة الدول لما يفرضه العرف الدولي من حد أدنى من المعاملة والرعاية للأجانب في إقليمها عندما تحدد مركز الأجانب في قوانينها، كاتفاقية الاختصاص القضائي الملحقة بمعاهدة لوزان التي عقدت في ٢٤ تموز سنة ١٩٢٣م ونصت المادة الثانية منها على وجوب معاملة رعايا الدول المتعاقدة في تركيا وفقاً لما يقضي به العرف الدولي^(٢).

فللعرف وطنياً كان أو دولياً دوره الواضح في خلق القواعد القانونية، إلا أن دوره في خلق قواعد القانون الدولي الخاص أقل من دوره في خلق قواعد القانون الدولي العام. كما يختلف دوره كمصدر للقانون الدولي الخاص تبعاً لموضوعاته، حيث يضعف دوره كلما تعلق الأمر بموضوع متعلق بالسيادة وفضلت الدولة تنظيمه بتشريع. ومن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريق العرف نذكر ما يمكن أن يرد إليه في أمور الجنسية هو (الدولة حرة في تنظيم جنسيتها، ولكنها لا تملك حق تنظيم جنسية غيرها من الدول). وفي المركز القانوني للأجانب يتضح أثره في ما يفرضه على الدول من وجوب الاعتراف للأجانب بقدر ضروري من الحقوق وإلا لحقت بها المسؤولية الدولية. أي قاعدة ضرورة معاملة الأجانب بقدر معقول من الرعاية في الدولة.

وفي تنازع القوانين يرجع أصل قاعدة حرية الإرادة التي تقضي بإخضاع العقد للقانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة بصورة مباشرة، وقاعدة إخضاع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه، وقاعدة إخضاع الأهلية لقانون الجنسية إلى العرف^(٣).

فدور العرف يعظم في الأمور التي لم تقن بعد أو التي توجد فيها نصوص قليلة، خاصة في تنازع القوانين باعتباره المصدر الأساس له. لأن غالبية قواعد التشريع هي ذات أصل عرفي استقر وعمل به منذ زمن طويل حتى اقتبس التشريع. ويضعف دوره في

(١) تنص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية للأجانب في العراق على دور العرف والعادة الدولية في مسائل تنازع القوانين بقولها: (على المحاكم العراقية عندما تنظر في دعاوى مواد الأحوال الشخصية المتعلقة بالأجانب والتي جرت العادة الدولية بتطبيق القانون الأجنبي فيها أن تطبق ذلك القانون وفق حقوق الدول الخاصة).

(٢) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العرفي - المصدر السابق - ص ٦.

(٣) انظر 8 - Prof. Dr. Osman Berkî - sf. 8 - والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٠-٢١.

تتازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

ب- القضاء الدولي:

سبق أن ذكرنا أن مهمة القاضي هي تطبيق القواعد القانونية، سواء أكانت نصوصاً تشريعية أو قواعد عرفية، وتفسير الغامض والمبهم منها^(١). وإذا لم يجد القاضي نصاً قانونياً تشريعياً أو عرفياً يحكم النزاع المعروض أمامه، لا يجوز له أن يمتنع عن إصدار الحكم فيه وإلا عد منكراً للعدالة. لذا يجب عليه في هذه الحالة سواء أكان قاضياً وطنياً أم دولياً أن يبتكر الحلول ويصدر حكماً، مستعيناً بالمنطق القانوني والاجتماعي ومستوحياً بالمبادئ العامة للقانون والعدالة. فإذا تكرر الحكم بشأن قضايا متشابهة واتبعت نفس الحل لحسم هذه القضايا المتشابهة اعتقاداً بأن هذه القاعدة أصبحت ملزمة، صارت هذه عرفاً قضائياً بمرور الزمن وأصبحت مصدراً للقانون الدولي الخاص. وقد فصلت المحاكم الدولية فعلاً في قضايا متعلقة بالقانون الدولي الخاص، ومنها المحكمة الدائمة للتحكيم التي تأسست عام ١٨٩٩ بموجب اتفاقية لاهاي وكانت تمثل نظام التقاضي الدولي المختار ونظرت في قضايا متعلقة بتنازع القوانين ومركز الأجانب وأصدرت عدة قرارات فيها، كقرار التحكيم الذي أصدرته عام ١٩٢٠ في نزاع نشب بين البرتغال من جهة وإنكلترا وفرنسا وإسبانيا من جهة أخرى اثر قرار أصدرته الحكومة البرتغالية عام ١٩١٠ بمصادرة أموال وممتلكات الجمعيات الدينية الأجنبية في البرتغال دون تعويض مما أثار حفيظة بريطانيا وفرنسا وإسبانيا، فاحتجت حكوماتها على هذا القرار ورفعت النزاع لمصلحة رعاياها إلى محكمة التحكيم التي حكمت بالتعويض للمتضررين من هذا القرار من رعايا الدول المحتجة المذكورة^(٢). وكذلك قرار التحكيم الذي أصدرته بتاريخ ١٩٢٧/٧/٢٣ في النزاع بين أمريكا والمكسيك بشأن معاملة أمريكي في المكسيك بصورة لا تتفق مع أحكام القانون الدولي.

وعندما تأسست محكمة العدل الدولية الدائمة التابعة لعصبة الأمم عام ١٩٢٠م بنت أيضاً في قضايا متعلقة بالقانون الدولي الخاص حتى قيام الحرب العالمية الثانية وأصدرت فيها قرارات مشهورة، مثل قرارها الصادر في ٧ شباط سنة ١٩٢٣ في النزاع الذي نشب بين فرنسا وإنكلترا اثر صدور تشريع في الجنسية من سلطات الحماية الفرنسية في (تونس و مراكش) أدى إلى احتجاج بريطانيا وجاء فيه: (لكل دولة الحرية التامة في تنظيم جنسيتها ولا يفيدها في ذلك تجاه الدول الأخرى إلا ما تفرضه عليها المعاهدات)^(٣). وقرارها الصادر في ٢٥ مايس عام ١٩٢٦ في النزاع الذي نشب بين بولونيا وألمانيا حول نزاع ملكية المصانع الألمانية من قبل الحكومة البولونية دون تعويض والذي جاء فيه: (نزع ملكية أموال الأجانب بدون تعويض عادل عمل مخالف لقواعد القانون الدولي)^(٤).

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٣٠ والدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ١٤.

(٢) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن - (بعد الأجنبي) - رسالة دكتوراه في القانون - القاهرة ١٩٤٧ ص ٣١٦.

(٣) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٨.

(٤) راجع مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٨.

وكذلك لها حكمان آخران صدرتا عام ١٩٢٩ في مشكلات تنازع القوانين بخصوص عقود قروض أبرمت بين يوغسلافيا والبرازيل في فرنسا وجاء فيهما: (القانون الذي يحكم العقد، تعينه القواعد المعروفة باسم قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص). وبعد الحرب العالمية الثانية وقيام الأمم المتحدة تأسست محكمة العدل الدولية عام ١٩٤٥م عوضاً عن محكمة العدل الدولية الدائمة التي توقفت أعمالها سنة ١٩٣٩م، ونظرت في قضايا متعلقة بالقانون الدولي الخاص وأصدرت فيها قرارات عديدة، منها قرارها الصادر عام ١٩٥٤م في قضية (ناتيام) الذي جاء فيه: (لا يجوز للدولة أن تمنح جنسيتها لشخص لا توجد رابطة حقيقية بينها وبين هذا الشخص تبرر منحه جنسيتها)^(١). إلا أن أحكام محكمة العدل الدولية لا تنهض كمصادر دائمة مستقلة ملزمة للقانون الدولي الخاص، وفقاً للفقرة (٤) من المادة (٣٨) من دستورها التي اعتبرت القضاء الدولي كالفقه وسيلة لمساعدة قواعد القانون. ومعنى ذلك أن القضاء الدولي ليس إلا وسيلة للاستئناس يستعين به القاضي عند تعيين قواعد القانون ولا يمكن الاستناد إليه وحده في إصدار حكم ملزم في موضوعات القانون الدولي الخاص عند عدم وجود نص في معاهدة أو عرف دولي إلا بموافقة طرفي النزاع كليهما. أي يعتبر القضاء الدولي من المصادر غير المباشرة للقانون الدولي الخاص، لأنه غير ملزم ويرجع إليه فقط كمصدر تفسيري للإسترشاد به عند الحاجة. ولكن رغم عدم اعتبار القضاء الدولي مصدراً مباشراً معولاً عليه حتى الآن في القانون الدولي الخاص لقلّة الأحكام الصادرة بشأن هذا الفرع من القانون ولعدم تمكن الفرد من مراجعته إلا عن طريق الدول، فإن قرارات المحاكم الدولية تعتبر موسوعة تستند إلى آراء كبار أساتذة القانون الدولي والمشتغلين في حقل القضايا الدولية في العالم وكثيراً ما يسترشد بها القاضي الوطني عند الفصل في قضايا ذات طابع دولي ترفع أمامه، فيستعين بها لمعرفة مبادئ القانون الدولي الخاص في القضايا التي لا يجد بشأنها قاعدة قانونية تشريعية أو عرفية تحكمها^(٢).

المطلب الثالث

المصادر العلمية

يراد بالمصادر العلمية هنا، مصادر القانون الدولي الخاص النظرية المتمثلة في آراء المؤلفين والباحثين التي يبنى عليها فقهاء هذا الفرع من القانون. لأن المؤلفين والباحثين ينظرون إلى العلاقات القانونية من الوجهة العلمية بعيداً عن العوامل التي تؤثر في حق الغير. لذلك أصبح قبول آراء الباحثين الحقوقيين والاستعانة بنظريات المؤلفين أمراً ضرورياً لحسم المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي بصورة تكفل الحق والعدل. ثم إن الحاجة للمبادئ النظرية تكاد تكون غنية عن الدليل، لأن نصوص القوانين ليست صريحة دائماً، فيضطر القاضي في أغلب الأوقات إلى الاستعانة بالآراء النظرية لإزالة ما يلاقيه من صعوبة في تفسير القواعد القانونية عند تطبيقها. فلو أجزنا للحكام الامتناع عن الحكم

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٣.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص. الجزء الأول. الطبعة الرابعة. القاهرة / ١٩٧٢ ص ٩٠ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق. ص ٢٣ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٣.

في المسائل الحقوقية عند غموض النصوص القانونية أو سكوتها لاختلفت الغاية المطلوبة من تشكيل المحاكم وتسربت روح الفوضى، وأخذ كل واحد حقه بنفسه، وهذا لا يوافق روح النظام القانوني الموجود اليوم بوجه من الوجوه.

وحاجة الفصل في الحقوق الدولية الخاصة إلى الآراء النظرية يكون أكثر من المسائل الداخلية البحتة. لأن الاتفاقيات الدولية لم تعقد في كل المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ولا تحتوي القوانين الداخلية دائماً على نصوص صريحة في هذا الشأن، ولهذا فإن من العناصر التي يرجع إليها القاضي في حسم مسائل تنازع القوانين، المبادئ النظرية^(١). وبذلك تكون لآراء فقهاء القانون الدولي الخاص أهمية كبيرة كمصدر لهذا الفرع من القانون.

فالفقه عون للمشرع في وضع النصوص الجيدة وللقاضي في إصدار الأحكام السليمة رغم أنه لا يتضمن عنصر الإلزام، خاصة أن قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص قد بدأت واستقرت منذ القرن الثالث عشر عن طريق آراء الفقهاء في هولندا وإيطاليا وفرنسا وإنجلترا قبل وضع التقنينات الأوروبية التي صدرت بعد الثورة الفرنسية. ففي إيطاليا كانت قواعد القانون الدولي الخاص المحشورة في القانون المدني الإيطالي مستمدة من نظرية شخصية القانون التي نادى بها (مانشيني). كما كان للعلامة (سافيني) الأثر الكبير في القضاء الألماني بواسطة مؤلفاته في القرن التاسع عشر. وفي بريطانيا نجد أن القضاء كثيراً ما يستشهد بآراء كبار الفقهاء أمثال (Dicey) و (Westlake) عند تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص. ومع ذلك فإن دور الفقه في القانون الدولي الخاص يختلف باختلاف موضوعاته. فدور الفقه هام في موضوع تنازع القوانين وضعيف في بقية موضوعاته، كالجنسية ومركز الأجانب. ولقد أدرك المشرع الأردني هذه الحقيقة، فنص في المادة (٢٥) من القانون المدني على أن: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين). فهذا النص اعتبر مبادئ القانون الدولي الخاص مصدراً لقواعد هذا الفرع من القانون. ومع أن هذا النص يقتصر على موضوع تنازع القوانين فقط من موضوعات القانون الدولي الخاص، إلا أنه يكرس قاعدة عامة مفادها أنه في الأحوال التي لم يرد فيها نص ولا يوجد لها حكم في المصادر الأخرى للقانون، على القاضي أن يطبق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص لاستخلاص الحكم اللازم لحسم النزاع المعروض عليه بالدراسة المقارنة للقواعد المشتركة بين النظم القانونية المختلفة. أي بالفقه المقارن الذي لا يعتمد على المبادئ المحصورة في داخل الأردن فقط، بل يمتد إلى الفقه في مختلف أنحاء العالم. لأن الاستعانة بالفقه لا تقتصر على الفقه الوطني فقط، وإنما تمتد إلى الفقه الأجنبي الذي يمثل آراء الفقهاء المشتغلين في حقل القانون الدولي الخاص من مختلف أنحاء العالم، وترد هذه الآراء في مؤلفاتهم وأبحاثهم المنشورة وتوصيات المؤتمرات المتخصصة وجهود المعاهد الخاصة بأبحاث هذا الفرع من القانون، كمؤتمر لاهاي لعام ١٩٠٢م ومؤتمر جنيف لعام ١٩٣٠م ودورات معهد القانون الدولي في لاهاي الذي يلقي فيها كبار القانونيين محاضرات تتعلق

(١) انظر عبد القادر أفندي السنوي - المرجع السابق ص ٣١ - ٣٤

بالقانون الدولي في فصل الصيف من كل سنة^(١). ولكن معرفة هذا المبادئ تتطلب جهداً وتتبعاً مستمرين في كتب الفقه واجتهادات المحاكم الوطنية والدولية.

وهكذا فإن الفقه في القانون الدولي الخاص ساهم ويساهم مساهمة كبيرة في توجيه التشريع وإعانة القضاء. فكثيراً ما يتبنى المشرع بعد المفاضلة بين آراء الفقهاء في مسألة معينة رأياً راجحاً وشائعاً ويستقي منه قاعدة قانونية يشرعها، أو يتأثر القاضي برأي الفقيه عند عدم توافر النص أو عند قيامه بتفسير النصوص، فيستأنس ويسترشد به في الحكم الذي يصدره، وهو ما تقرره المادة (٢٥) من القانون المدني الأردني. وحسناً فعل المشرع الأردني عندما أورد حكم المادة (٢٥) المذكورة حتى لا يتم الإبقاء على أحوال جامدة أو محصورة، وليتمكن القاضي من التحري عن المبادئ العامة أو الشائعة في معظم دول العالم، لا سيما وأن الفقه في الأردن في مسائل القانون الدولي الخاص لم يصل بعد إلى درجة التكامل.

فالفقه رغم أنه ليس قاعدة قانونية ملزمة، إلا أن المحاكم تسترشد به عندما تبحث عن الحلول للمسائل المعروضة في المصادر الأخرى للقانون الدولي الخاص، ويسترشد به المشرع عندما يشرع القوانين، وهو بذلك مصدر علمي تفسيري لهذا الفرع من فروع القانون، ويستفاد ذلك أيضاً من المادة (٢) من القانون المدني الأردني التي تحدد في فقراتها الأولى والثانية والثالثة مصادر القانون بالتشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة، وتنص في فقرتها الرابعة على أن: (٤ - ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر) ^(٢).

(١) المرجع السابق - ص ٣١ - ٣٢.

(٢) جاء في الصفحة (٢٦) من المذكرات الإيضاحية لمواد القانون المدني الأردني - ج ١ بخصوص المادة (٢) المذكورة أعلاه ما يلي: (ولم يقتصر المشروع على بيان المصادر الرسمية، بل عين للقاضي ما يمثلهم في استخلاص الأحكام من هذه المصادر جميعاً فعرض للمصادر التفسيرية ومصادر الاستئناس فذكر القضاء والفقه قاصداً الأردني منها والعربي والأجنبي وغني عن البيان أنه في استئناسه بذلك يختار ما هو أكثر اتِّفاقاً مع نصوص هذا التشريع على ما تقدم).

الباب الأول تنازع القوانين

يعتبر تنازع القوانين الموضوع الرئيس للقانون الدولي الخاص لتعلقه بإنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها في علاقات الأفراد الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وهو من الموضوعات ذات المشاكل الصعبة في العلاقات القانونية، ولذلك لا بد لنا من تعريفه وبيان أنواعه وتطوره التاريخي وتحديد نطاقه وشروط تطبيقه وشرح ما يثيره من مشاكل، كالتمييز والإحالة وموانع تطبيق القانون الأجنبي في هذا الباب.

الفصل الأول

التعريف بتنازع القوانين وأنواعه وتطوره التاريخي

اختلف الفقهاء بشأن تعريف تنازع القوانين وأنواعه ومراحل تطوره، ولهذا لا بد لنا من شرح هذه الموضوعات بشيء من الإفاضة قبل الولوج في شرح كيفية حله.

المبحث الأول

التعريف بتنازع القوانين وأنواعه وتكامله التاريخي

وفي هذا المبحث سوف نعرف تنازع القوانين ونبين أنواعه وتطوره التاريخي كالآتي:

المطلب الأول

التعريف بتنازع القوانين وتكامله التاريخي

الفرع الأول

التعريف بتنازع القوانين

قديماً ساد مبدأ (إقليمية القانون) في الدول المختلفة، لأنه يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة على جميع العلاقات القانونية والأشخاص والأموال في إقليمها. وكلما تشددت الدولة في التمسك بفكرة السيادة وتعصبت في تطبيق مبدأ إقليمية القانون، كلما استحال قيام أي نوع من التنازع بين قوانينها وقوانين الدول الأخرى في العلاقات القانونية. لأن القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه في هذه الحالة على كل القضايا والأشخاص والأموال داخل إقليمها هو قانونها الوطني، ولا يمكن إفساح المجال لتطبيق قانون آخر في إقليمها. وهذا ما كان يجري قديماً عندما كانت الدول تصر على تطبيق مبدأ إقليمية القانون بتشدد وتعصب كنتيجة واقعية لانغلاق المجتمعات القديمة على نفسها انغلاقاً متسماً بعداء وخوف كل واحدة منها تجاه الأخرى وبعدم التعاون في العلاقات بين البلدان وسهولة المواصلات واتساع حركة التنقل والتجارة الدولية واختصار المسافات بين البلدان وسهولة المواصلات واتساع حركة التنقل والانفتاح الهائل بين شعوب العالم واحتواء إقليم كل دولة فضلاً عن أبنائها عدداً لا يستهان به من أبناء الدول الأخرى وارتباط هؤلاء الأجانب فيما بينهم أو فيما بينهم وبين أبناء الدول التي أقاموا فيها بعلاقات قانونية مختلفة، وكل ذلك أدى إلى تنازل الدول عن التشدد والتعصب في التمسك بالسيادة ومبدأ إقليمية القانون المطلق واعترفت بمبدأ إقليمية القانون النسبي بقبولها استثناءات اقتضتها مصلحة المجتمع الوطني والدولي معاً. فهذه الاستثناءات حولت الاختصاص الإقليمي من المطلق إلى النسبي وساعدت على قيام مبدأ (شخصية القانون النسبي) القاضي بتطبيق القانون الشخصي للأفراد على مسائل أحوالهم الشخصية

ولو كانوا في إقليم دولة أخرى غير دولتهم. لأن قوانين الأحوال الشخصية تشترع أصلاً لتسري على أعضاء جماعة معينة تجمعهم أصول دينية وأخلاق شخصية وروابط اجتماعية موروثة. وكانت إيطاليا أسبق البلدان إلى الشعور بوطأة مبدأ إقليمية القانون المطلق وبالرغبة في التخفيف من شدته، نظراً لازدهار التجارة فيها وما استتبع ذلك من نزوح أفرادها إلى خارج البلاد واختلاطهم وزواجهم بأفراد من الدول الأخرى^(١).

وهكذا لم يعد نشاط الفرد مقتصرًا على إقليم دولته فقط، بل جاوزه إلى علاقات قانونية مع أفراد ينتمون إلى دول أخرى، مما أدى إلى قيام مجموعة علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يمتد أثرها من النطاق الإقليمي إلى النطاق الدولي، كعقد زواج يتم بين أردني ولبنانية في سوريا، أو كعقد بيع يتم في ألمانيا بين أردني ومصري لنقل ملكية عقار موجود في بريطانيا، أو كعقد بيع مال منقول يتم بين أردني وألماني في العراق ويتفق على تنفيذه في فرنسا... إلخ.

وبناءً على ما تقدم فقد تعقدت العلاقات القانونية بين البشر وتنوعت القواعد التي تحكمها حتى أصبحت معرفة تلك القواعد ليست بالأمر السهل في كل الأحوال، لأن لكل جماعة نظامها القانوني الخاص وسيادتها الوطنية. فهذا الاختلاف بين أحكام قوانين الدول وأنظمتها أثار بدون شك التنازع بينها كلما اتصلت علاقة قانونية في أحد عناصرها بدولة أجنبية أو أكثر، الأمر الذي أدى إلى أن يضيف العنصر الأجنبي على هذه العلاقات أهمية أكثر من السابق. لأنه يخلق التنازع بين أكثر من قانون واحد يمكن تطبيقه عليها، ولا يمكن كما في العلاقات القانونية الوطنية البحتة حصر الاختصاص فيها بالقانون الوطني لما سيجر ذلك إلى الإضرار بأطراف العلاقة ويفقدهم الثقة والاطمئنان، مما يجب اختيار القانون الأكثر ملاءمة واتفاقاً مع طبيعة العلاقة القانونية، سواء أكان هذا القانون وطنياً أم أجنبياً عن طريق قواعد قانونية وظيفتها اختيار وتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي تسمى (قواعد تنازع القوانين) أو (قواعد الإسناد) التي لا تحكم موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مباشرة، بل ترشد القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه عليه.

ففي تنازع القوانين لا بد من إسناد حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لقانون واحد من بين القوانين المتنازعة على حكمها. وفائدة البحث عن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة واضحة، لأن العنصر الأجنبي الذي يشوب العلاقة القانونية يثير التنازع بين قوانين عدة دول ذات علاقة بها لما تحتويه هذه القوانين من أحكام متباينة تتفق مع أهداف ومصالح الدول التي أصدرتها. فإذا طبقت أية دولة من هذه الدول قانونها الوطني على العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، فإن هذا قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بأطراف العلاقة، كإخضاع تركة أردني مسلم مقيم في إنكلترا للقانون البريطاني. فدخل العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية بسبب جنسية أطرافها أو مكان انعقادها أو موضوعها أو مكان تنفيذها يثير مسألة معرفة القانون الواجب تطبيقه على النزاع ويجعل العلاقة القانونية خاضعة للقانون الدولي الخاص.

(١) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - الطبعة الثالثة - مطبعة الروزنا - إربد / ١٩٩٥ - ص ٣٤.

والعنصر الأجنبي يشوب العلاقة القانونية لعدة أسباب، منها اختلاف جنسية الأشخاص أو مكان انعقاد العقد أو مكان تنفيذه أو موقع المال. فلو أبرم عقد بيع بين أردني وألماني في فرنسا، فإن هذا العقد مشوب بعنصر أجنبي بسبب اختلاف جنسية أطرافه ومحل إبرامه، وأن أي نزاع يحتمل حصوله منه يدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص. وإذا أبرم عقد بيع بين أردنيين في مصر واتفقا على تنفيذ هذا العقد في فرنسا، فقد يبدو لأول وهلة أن هذا العقد لا يتعلق بالقانون الدولي الخاص، بينما في الواقع أن هذا العقد مشوب أيضاً بعنصر أجنبي بسبب محل إبرامه واشتراط تنفيذه في إقليم دولة أجنبية، ولهذا يدخل ضمن نطاق أحكام القانون الدولي الخاص أيضاً.

فحصول تنازع القوانين لا يتوقف على قيام علاقة قانونية بين أشخاص ينتمون بجنسياتهم إلى دول مختلفة فحسب، بل قد يحصل في علاقة قانونية يكون أطرافها من جنسية دولة واحدة أيضاً كلما اتصلت تلك العلاقة القانونية بعنصر أجنبي بسبب مكان انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال، ولذلك يمكن تعريف تنازع القوانين بأنه: التنازع الحاصل بين قوانين دولتين أو أكثر على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي.

الفرع الثاني

التطور التاريخي لتنازع القوانين

لم يظهر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص إلى الوجود ويتكامل إلا بعد قيام أحوال وظروف تاريخية ساعدت على قيامه في العلاقات القانونية الخاصة الدولية وظهور نظريات مختلفة لحل هذا التنازع تحت ضغط ترايد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. وعليه لا بد من التطرق إلى هذه النظريات بشيء من الإفاضة للوقوف على التطور والتكامل التاريخي لتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

أولاً- النظريات القديمة.

في بداية عهد الإمبراطورية الرومانية كان القانون الروماني يطبق على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في جميع أرجاء الإمبراطورية، إلا أنه عندما ازداد عدد المدن الأجنبية التي أخضعها روما لسيطرتها وضممتها للإمبراطورية، شرع قانون آخر باسم (قانون الشعوب) ليحكم العلاقات القانونية بين الرومانيين وأبناء تلك المدن، ولكن هذا القانون كان داخلياً أيضاً لصدوره من نفس المشرع الذي أصدر القانون الروماني ولتطبيقه داخل إقليم الإمبراطورية. فلم يكن هناك أي مجال لظهور تنازع القوانين بينهما، لأن التنازع بين القانونين المذكورين كان بين قانونين داخليين في دولة واحدة، بينما يتطلب التنازع الدولي بين القانونين تنازعا بين قوانين دول مختلفة^(١).

وفي القرن الخامس الميلادي غزت القبائل الجرمانية روما وانهارت الإمبراطورية الرومانية على أيديهم وظهر إلى الوجود مبدأ (شخصية القانون) القاضي بتطبيق القانون الشخصي لأطراف العلاقة القانونية، خصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية، كالأهلية

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٧ و

والزواج والطلاق ... إلخ. وقد ساد هذا المبدأ من القرن الخامس الميلادي إلى نهاية القرن الحادي عشر. لأن القبائل الجرمانية حملت معها قوانينها الخاصة التي كانت ترتبط بالأشخاص لا بالإقليم، وأبقت على القانون الروماني ليطبق على أبناء المدن أو المقاطعات التي تمخضت عن انهيار الإمبراطورية الرومانية مما أدى إلى تركيز مبدأ (شخصية القانون المطلق) ومنع ظهور أي تنازع قوانين. لأن القانون الواجب تطبيقه كان القانون الشخصي على أساس أن لكل جماعة نظمها القانونية الخاصة التي تنبثق من تقاليدهم وأخلاقهم ودينهم وأحوالهم الاجتماعية الموروثة وتشرع خصيصاً لهم فتلاحقهم أينما كانوا وتطبق عليهم، بحيث يبقى الشخص خاضعاً لنفوذها أينما وجد. ولذلك وصف سريان هذه القوانين بالشخصية وأصبحت أساساً للتنازل عن الاختصاص التشريعي ولقيام امتيازات عطلت السيادة الداخلية بالنسبة لهذا الاختصاص. ولما كان القانون الدولي الخاص مرتبط أصلاً بالسيادة الداخلية، لذا فإن هذا المبدأ لم يصبح نواة لظهور تنازع القوانين^(١).

واستمر الوضع هكذا إلى نهاية القرن الحادي عشر الميلادي حيث استقرت القبائل الجرمانية الفاتحة ونشأت منها دويلات إقطاعية ذات سيادة كاملة على مقاطعاتها وتمسكت كل دويلة إقطاعية بتطبيق قوانينها الخاصة على كل الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في داخل إقليمها دون السماح بتطبيق أي قانون آخر، فتم احياء مبدأ (إقليمية القانون المطلق)، وكان الشخص الذي لا ينتمي إلى دويلة إقطاعية من هذه الدويلات يعتبر عديم الحق ويسترق، وإذا انتقل أحدهم من مقاطعة إلى أخرى، كان لا يخضع لقانون مقاطعته، بل لقانون المقاطعة التي انتقل إليها في كل الأحوال. وهكذا لم يساعد هذا الوضع على ظهور تنازع القوانين في هذه المرحلة أيضاً، لأن العهد الإقطاعي لم يكن يعترف إلا بقانون المقاطعة ولم يسمح بتطبيق قانون مقاطعة أخرى في إقليمها مطلقاً، وكان حصول العلاقات القانونية بين المقاطعات يستحيل تقريباً. وبذلك نستطيع أن نقول أن النظريات التي سادت في العالم منذ قيام الإمبراطورية الرومانية إلى العهد الإقطاعي في القرون الوسطى هي نظرية (شخصية القانون) ونظرية (إقليمية القانون) المطلقة.

وفي بداية القرن الثالث عشر بدأت الأمور تأخذ مجرى آخر ولا سيما في شمال إيطاليا، حيث ازدهرت التجارة واستتبع ذلك نزوح الأفراد إلى خارج البلاد وزواجهم واختلاطهم بأفراد المدن الأخرى وشعور أهالي مدن الشمال بوطأة وأضرار مبدأ إقليمية القانون المطلق وبالرغبة في التخفيف من شدته، خاصة أن التجارة تحتاج إلى العلاقات الخارجية واستقرار المعاملات، وأن هذه المدن لم تعرف النظام الإقطاعي إلا بصورة ظاهرية وظهرت فيها جمهوريات صغيرة استهوت التجارة وتكونت فيها أنظمة محلية خاصة بها لا تخلو من اختلاف واتخذت من الروابط التجارية أساساً لبناء هذه الجمهوريات وتنمية الحياة الاقتصادية وخلق الثقة والانتماء والاستقرار لهذه الروابط بقبول تطبيق بعض الأنظمة القانونية للمدن المجاورة بهدف زيادة العلاقات التجارية ودعمها بين مدينة وأخرى.

(١) انظر الدكتور هاشم الحافظ - تاريخ القانون - دار الحرية للطباعة - بغداد / ١٩٨٠ - ص ٤٦ - ٥٥ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥.

فاجتماع هذه العوامل ساعد على خلق المناخ الملائم لظهور تنازع القوانين في إيطاليا وعكوف العلماء الإيطاليين على دراسة الحلول لهذا التنازع والتخلي عن مبدأي (شخصية القانون المطلق) و (إقليمية القانون المطلق) والتفكير في إيجاد حل وسط يطبق فيه كل مبدأ من هذين المبدأين بصورة نسبية في الحدود التي يكون في تطبيقه نفع أكثر من الآخر أو على الأقل حين يكون تطبيقه أقل ضرراً، متوخين في هذا التفضيل والاختيار تحقيق العدالة واحترام الحقوق المكتسبة. ولتحقيق هذا الغرض قدموا عدة معايير قانونية تستند إلى الإقليمية النسبية والشخصية النسبية، وهكذا يرجع الفضل إلى هؤلاء العلماء بشمال إيطاليا في إبراز فكرة واضحة عن تنازع القوانين والمبادئ اللازمة لحله ما يزال أكثرها منصوباً عليه في القوانين الوضعية للدول المختلفة ومعمولاً به^(١). وقد ظهرت النظريات القديمة هذه بشكل مدارس في إيطاليا وفرنسا وهولندا وكالاتي:

١ - نظرية الأحوال الإيطالية (مدرسة الحواشي) (Ecole Italienne):

قبل أن نستعرض آراء أنصار نظرية الأحوال الإيطالية لا بد لنا من بيان المقصود من تعبير (الأحوال)، إذ أطلق تعبير (الأحوال) على الأعراف والعادات الخاصة التي تمسكت بها وطبقتها المدن الإيطالية المستقلة على العلاقات التجارية إلى جانب أحكام القانون الروماني، مما ساعد على قيام المناخ الملائم لظهور التنازع بين هذه الأعراف والعادات التي كانت تختلف من مدينة إلى أخرى، وبين أحكام القانون الروماني، فقامت مناقشات فقهية بهدف إيجاد قواعد لازمة لحل هذا التنازع.

وقد سادت نظرية الأحوال الإيطالية في القرن الثالث عشر للميلاد ومن أهم أنصارها (بارتولس Bartolus)، وكان أستاذاً في جامعة (بيزا)، وخلفه (بالدوس Baldus). وكانوا يكتبون الآراء التي يبدونها بشكل تعليقات مقتضبة في حواشي نصوص القانون الروماني لإيجاد قواعد تحل التنازع المحتمل حصوله بين قوانين المدن المختلفة. ولذلك سميت مدرستهم بمدرسة (الحواشي) أيضاً.

ومن أهم هذه الحواشي حاشية (أكورس Accurse) التي تساعل فيها (أكورس) عن الشكل الذي يلزم به تنظيم وصية شخص بولوني يقطن (مودان)، (هل يلزم تطبيق الشكل القانوني المنصوص عليه في القانون الشخصي، أي القانون البولوني، أو الإقليمي، أي قانون البلد الذي وقع فيه التصرف القانوني وهو قانون مودان؟)^(٢). وأجاب بإعطاء هذا الاختصاص لقانون المحل الذي عملت فيه الوصية، أي قانون مودان، ذلك لأن هذا القانون يعطي اليقين للأفراد بقدرتهم على إجراء تصرفات قانونية صحيحة في أي بلد كان^(٣).

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٨ - ٢٩ و

Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, Kanunlar ibtilafi - yasama ve yargilama catismalari - Sulhi Garan Matbaasi - Istanbul/ 1971. sf. 5 Ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 20

(٢) لقد كانت هذه الحاشية كالاتي:

(Quod si Bonneiensis Conveniatur Mutinae Non Debet judicari secundum statuta mutina quibus subest).

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي، والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٣٥.

وكانت حواشيهم تبرز وجهة نظرهم بخصوص التنازع المحتمل وقوعه بين أعراف وعادات المدن المختلفة وبين القانون الروماني على هدى العقل وماهية الأشياء ويقترحون الحلول اللازمة له دون أن يلتزموا مقدماً بمبدأ عام، ولهذا جاءت حواشيهم متخيرة لا تنقيد سلفاً بمبدأ عام معين، وإنما تؤدي إلى اختيار الحل المناسب لكل حالة على حدة دون وضع حل موحد لها، مستنديين في ذلك على أسلوب الفقه التحليلي الذي يحل مختلف فروض التنازع دون محاولة الربط بينها، ولهذا لم يتوصلوا إلى قواعد عامة في تنازع القوانين، بل إلى آراء مختلفة بشأن حلول التنازع المحتمل وقوعه بين قوانين المدن المختلفة عكس ما في قواعد تنازع القوانين المأخوذ بها حالياً. وكانت تلك الآراء تعوزها الدقة، لأن أساس الحلول التي قدموها كان هدى العقل والعدالة وحاجة المعاملات، مما أدى إلى اختلاف وجهات نظرهم في الحلول التي اقترحوها، وإبعاد النصوص عن معانيها بتحميلها أكثر مما تحتل. ومع ذلك لا ينكر على أنصار هذه النظرية توصلهم إلى حلول ساعدت الفقه على معالجة مشكلة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، كالتفرقة بين إجراءات الدعوى وموضوعها، حيث اقترحوا إخضاع الأولى لقانون القاضي والثاني لقوانين أخرى. كما اقترحوا قاعدة إخضاع العقد شكلاً وموضوعاً لقانون محل إبرامه على أساس انصراف إرادة المتعاقدين ضمناً إلى تطبيق هذا القانون، واقترحوا أيضاً قاعدة إخضاع المال لقانون موقعه، وقاعدة إخضاع الميراث لقانون واحد... إلخ^(١).

٢- نظرية الأحوال الفرنسية (Ecole Francaise).

سادت هذه النظرية في القرن السادس عشر للميلاد ومؤسسها هو القانوني (برتراند دارجنترى Bertrand Dargentre) الذي نشر عدة كتب قانونية وأوضح في كتابه المشهور (Commentaire de la coutume de Bretagne) مبادئ تنازع القوانين. ومن أنصار هذه النظرية أيضاً (فرولان فroland) والمحامي الفرنسي (ديمولان Dumoulin) و (بوهير Bouhier)، وقد تناولت هذه النظرية ثلاث فقرات هي (تقسيم الأحوال، ونطاق تطبيق الأحوال، وأساس القانون الدولي الخاص) وكالاتي:

بالنسبة للأحوال قسموها إلى (أحوال عينية) وهي التي تتعلق باكتساب ملكية الحقوق العينية في الأشياء والأعيان، مثل التصرفات التعاقدية المتعلقة بالأرض، والوصية وسائر التصرفات الأخرى، وذهبوا إلى إخضاع أي نزاع بشأنها للعرف والعادات المحلية في الإقليم على أساس (مبدأ إقليمية القانون) وهو الأصل^(٢).

وإلى (أحوال شخصية) وهي التي تتعلق بالحقوق العائلية، مثل الزواج والبنوة، وبحالة الشخص، مثل الأهلية والإسم والموطن، وذهبوا إلى إخضاع أي نزاع بشأنها للعرف والعادة السائدة في الموطن على أساس (مبدأ شخصية القانون) باعتباره الاستثناء. إذ أوجبوا تطبيق القانون الشخصي للأجنبي على مسائل أحواله الشخصية في العلاقات

(١) Terc. Fisek "Pillet, Kara Avrupa Hukukunda Kanunlar ihtilafi Nazariyesi (Ank. Huk. Fak. Der. 1950, Say. 1-2. sf. 251) ve prof. Dr. Vedat Rasit Hicri" (Ank. Huk. Fak. Der. 1950, Say. 1-2. sf. 251) ve prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf. 6 ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 20-22.

(٢) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٤.

القانونية المشوبة بعنصر أجنبي استناداً إلى فكرة العدالة وتعيين هذا القانون بمعيار موطن الشخص. أي قاتون موطنه^(١).

وإلى (أحوال مختلطة) وهي التي يشك في طبيعتها القانونية ويصعب تحديد هذه الطبيعة وتحديد القانون الواجب تطبيقه عليها بحيث لا يعرف هل انها أحوال عينية أم شخصية، مثل شكل العقد. فذهبوا إلى إخضاعها للقانون الإقليمي أيضاً، وأسندوا الاختصاص التشريعي في شكل التصرف القانوني لقانون البلد الذي أبرم فيه التصرف^(٢).

وهكذا فإن هذه النظرية ذهبت إلى الأخذ بمبدأ إقليمية القانون كقاعدة عامة وتطبيق مبدأ شخصية القانون كاستثناء من هذه القاعدة، وأحلت مبدأ إقليمية القانون النسبي محل مبدأ إقليمية القانون المطلق، واستطاعت بذلك بناء مبدأ عام لتنازع القوانين يستند إلى معيار محدد للحلول بدلاً من وضع حلول خاصة لكل حالة مستعصية بصورة مستقلة، عكس فقه مدرسة الأحوال الإيطالية. ومع ذلك فقد انتقدت نظرية الأحوال الفرنسية لفشلها في تصنيف الأحوال المختلطة وتعيين القانون الواجب تطبيقه عليها. فمبدأ تقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية الذي جاءت به النظرية كان كيفياً وغير ممكن، لأن جميع العلاقات القانونية لا تتعلق بصورة مطلقة بالمال والشخص فقط، بل هناك علاقات أخرى خارج هذا التقسيم، مثل الأحكام المتعلقة بشكل العقد وأصول المحاكمات وتنفيذ الأحكام. ورغم هذه الانتقادات الموجهة إلى النظرية، فإنها سادت خلال القرن السادس عشر في الفقه والقضاء وحافظت على قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه وأقامت مبدأ حرية الإرادة^(٣).

٣- نظرية الأحوال الهولندية (Ecole Hollandaise).

في نهاية القرن السادس عشر للميلاد عني فقهاء نظرية الأحوال في هولندا وبلجيكا أمثال (بورجوندس Burgundus)، و (رودنبرخ Rodenburgh)، و (باول فوت Pual volt) وابنه (جان فوت Jean Volt)، و (أولبريخ هوبر Ulbrich Huber) بدراسة تنازع القوانين وساقوا بعض الأفكار الجديدة بشأنه، وقد سميت هذه المدرسة أيضاً بمدرسة المجاملة الدولية) لأنها استندت إلى نفس المبادئ التي جاء بها فقه المدرسة الفرنسية بالنسبة لتقسيم الأحوال إلى عينية وإخضاعها للقانون الإقليمي كقاعدة عامة، وإلى شخصية وإخضاعها للقانون الشخصي كاستثناء، وإلى مختلطة وإخضاعها للقانون الإقليمي، وتحديد نطاق تطبيق الأحوال، إلا أنها تميزت عن المدرسة الفرنسية في أساس سريان قانون الأحوال الشخصية في خارج البلاد، بأن ذهبت إلى أن سريان القانون الشخصي على الأحوال الشخصية للشخص خارج البلاد لا يستند إلى فكرة العدالة، بل إلى مبدأ المجاملة بين الدول. وقالوا إن المشرع الوطني غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي، لأن إلزامه بذلك لا يتوافق مع السيادة على أساس أن للقانون قوة مطلقة في الدولة التي شرعته ويخضع له كل من يتوطن في إقليمها بصورة دائمة أو مؤقتة، ولكن الدولة بسبب المجاملة تعترف بقوة قوانين الدول الأخرى ما لم يخل ذلك بصميم سيادتها. وإذا سمح المشرع

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 23.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٣٧.

(٣) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 24.

بتطبيق قانون أجنبي، فإن هذا السماح لا يستند إلى إلزام قانوني دولي، بل إلى رغبة اختيارية كمظهر للسيادة وتعبير عن حرية في السماح بتطبيق القانون الأجنبي. وكل دولة حرة في الاستئثار بوضع قواعد تنازع القوانين كيفما تشاء استناداً إلى فكرة السيادة. ومما يذكر أن نفس الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الأحوال الفرنسية وجهت إلى نظرية الأحوال الهولندية، لأنهما تتفقان في الرأي بالنسبة لتقسيم الأحوال إلى عينية وشخصية ومختلطة ومن حيث القانون الذي يسري عليها، أي نطاق تطبيقها. إلا أن نظرية الأحوال الهولندية استطاعت أن تتقل دراسة موضوع تنازع القوانين من المجال الداخلي إلى المجال الدولي مع رفضها الاعتراف بقوة الإلزام لقواعد التنازع، لأنها اعتبرت أساس تطبيق القانون الأجنبي هو مجرد مجاملة دولية وليس ضرورة قانونية.

ثانياً- النظريات الحديثة:

وتتمثل النظريات الحديثة في (النظريات الألمانية) و (النظريات الإيطالية)، حيث انتقل فقه المدرسة الهولندية إلى إنكلترا في القرن الثامن عشر على يد القاضي الإنكليزي (جكنز) الذي نفي من إنكلترا إلى هولندا وتعمق هناك في دراسة فقه مدرسة الأحوال الإيطالية ثم عاد إلى إنكلترا حاملاً معه فقه هذه المدرسة لينشرها فيها، واتخذ منه أساساً لبناء قواعد التنازع في إنكلترا وأمريكا وكندا مما أدى إلى ظهور نظريات جديدة بشأن تنازع القوانين في ألمانيا وإيطاليا وغيرهما خلال القرن الثامن عشر والتاسع عشر كالآتي:

١- النظريات الألمانية:

تميزت النظريات الألمانية التي قامت بشأن تنازع القوانين بعد استكمال الوحدة السياسية في ألمانيا بطابع فلسفي وتوجيه انتقادات شديدة لنظرية المجاملة الدولية باعتبارها نظرية اعتبارية تسوق القاضي في بعض الحالات التي يقبل فيها تطبيق قانون أجنبي إلى البحث عن الأساس الذي يحكم كل علاقة قانونية تعرض على حدة لمعرفة هل أنها إقليمية أو غير إقليمية دون وجود مبادئ تحكم الموضوع بصورة عامة. ومن أشهر هذه النظريات:

أ- نظرية (واغجر Waechter):

نشر (واغجر) كتابه في تنازع القوانين عام ١٨٤١م في جامعة (Tubingen) أوضح فيه نظريته التي ذهبت إلى أن القاضي عندما ينظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي في أية دولة يجب عليه أن يحلها وفقاً لما تنص عليه قواعد التنازع في قانونه الوطني (Lex fori). فإذا لم يوجد حكم صريح تنص عليه قواعد التنازع في قانونه الوطني عليه أن يحلها وفقاً لما يستنبطه من روح نصوص قانونه الوطني.

وتنتقد هذه النظرية بأن إلزام القاضي بتطبيق قواعد التنازع في قانونه الوطني على قضية مشوبة بعنصر أجنبي معروضة عليه إجراء غير سليم، لأن القاضي لا يلتزم إلا بأوامر مشرعه الوطني، ولكن ليس صحيحاً أن يلزم باستنباط الحكم لها من روح نصوص قانونه الوطني إذا خلا هذا القانون من قواعد تنازع محل النزاع. لأن ذلك يعني إلزام القاضي بحل النزاع وفق قانونه الوطني بأي حال من الأحوال وإبعاد تطبيق القانون الأجنبي والعودة إلى مبدأ الإقليمية القانون المطلق. ولهذا السبب اعتبر البعض (واغجر) من أنصار مبدأ إقليمية القانون^(١).

ب- نظرية (سافنر Schaeffner):

نشر (سافنر) كتابه في تنازع القوانين عام ١٨٤١م أيضاً وأشار فيه إلى تناقضات نظرية الأحوال واتهم أنصارها بالعجز عن الوصول إلى حل إيجابي لمشكلة تنازع القوانين ثم طرح نظريته بالقول: في حالة تنازع القوانين إذا كان قانون القاضي يحتوي على قواعد خاصة لحل تنازع القوانين فيجب تطبيق تلك الأحكام وتعيين القانون الواجب تطبيقه بموجبها. وفي حالة عدم احتواء قانون القاضي على قواعد خاصة لحل تنازع القوانين يجب تطبيق قانون محل إبرام التصرف القانوني بالنسبة لكافة العلاقات القانونية عدا الأهلية التي يجب إخضاعها لقانون الموطن (Lex Domicilli). أما بالنسبة للأموال، فيجب إخضاعها لقانون محل وجودها^(١).

ومما يؤخذ على نظرية (سافنر)، أنه قد لا يمكن في جميع الحالات تحديد مكان إجراء التصرف القانوني، ثم أنها لم توضح المقصود بمكان العلاقة القانونية، وفيما إذا كان يؤخذ بنظر الاعتبار عند تحديد هذا المكان محل إجراء الشروط الشكلية أم الشروط الموضوعية للعلاقة القانونية. حيث لم تتضمن النظرية أية إشارة إلى هذا الموضوع.

ج- نظرية (سافيني Savigny):

ينتمي (سافيني) إلى عائلة فرنسية محافظة هاجرت إلى برلين وعمل أستاذاً في جامعة برلين واشتهر بمؤلفاته عن القانون الروماني وابتدع فقهاً جديداً في تنازع القوانين نشره في الجزء الثامن من كتاب صدر له عام ١٨٤٩م^(٢) وبنى فيه نظريته المشهورة على أساس ترابط الفكر القانوني المشترك بين قوانين جميع البلدان التي ورثت مبادئ القانون الروماني، مثل بلدان أوروبا وغيرها عدا سويسرا والإمبراطورية العثمانية وروسيا. لأن قوانين تلك البلدان استمدت من القانون الروماني الذي كان بمثابة الأساس العام لها. وحتى أن الدول ذات السابقة القضائية، مثل إنكلترا رغم عدم تأثر تشريعاتها بالقانون الروماني، إلا أنها مالت إلى الأخذ عملياً بنظرية الأحوال المستندة إلى القانون الروماني في مسألة حل تنازع القوانين. وهذا يعني وجود فكر قانوني مشترك في قوانين الدول التي تأثرت بالقانون الروماني، وأن فكرة العدالة وحلول تنازع القوانين التي توحى بها العدالة واحدة ومقبولة فيها بدون التعصب لإقليمية القانون^(٣). فكل واحدة من هذه الدول إذا طبقت قانون دولة أخرى في إقليمها، فإنها لا تفعل ذلك مدفوعة بروح التسامح والمجاملة الدولية، بل بمقتضى التزام دولي. لأن للدول مصالح وغايات مشتركة، أهمها تحقيق العدالة. فالعدالة غاية مشتركة تهدف جميع الدول إلى تحقيقها، ولا يمكن تحقيق هذه الغاية إلا بالتعاون فيما بينها وبقبول الواحدة منها تطبيق قوانين الأخرى في إقليمها كلما اقتضت العدالة ذلك^(٤). ثم يشرح (سافيني) نظريته بتقسيم القوانين إلى قسمين هما:

١- القوانين المتعلقة بالشخص: وهي التي تحدد مجرد الأهلية القانونية العامة بصرف النظر عن نوع أية علاقة قانونية يقوم بها الشخص، كالأهلية والحالة، ويطبق فيها قانون

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 28

(٢) اسم هذا الكتاب هو: (System Des Heutigen Romischenrechts).

(٣) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 20-30

(٤) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٤٣.

الموطن (Lex domicilii). وأوضح بأن أهمية ذلك تبرز في مسألتين هما تعيين (المحكمة المختصة) و (القانون المختص). إذ قال: يمكن التعرف على القانون الواجب تطبيقه في تنازع القوانين بمعرفة المحكمة المختصة. لأنه إذا ثبت الاختصاص القضائي في تنازع القوانين لمحكمة دولة معينة، فإن الاختصاص التشريعي قد ينعقد لقانون تلك الدولة، منع تقييد هذا المبدأ بفكرة النظام العام. إذ لا يطبق قانون أجنبي عدّ قانوناً واجب التطبيق في النزاع إذا كان هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي.

٢- القوانين المتعلقة بالعلاقات القانونية: وهي التي تحكم العلاقات القانونية بين الأفراد، كالتملك والبيع والشراء والالتزامات... إلخ. ففيها ذهب (سافيني) إلى تحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بسببها التنازع لتعيين ماهيتها القانونية بغية إسنادها إلى نظام قانوني يلائمها ويتفق مع طبيعتها وتحديد القانون الواجب تطبيقه عليها. فالشخص يتحرر من تأثير قانونه الوطني في هذه الحالة ويدخل تحت نطاق تأثير القانون الذي يدير هذه العلاقة. ولما كان تعيين القانون الذي يدير هذه العلاقة مسألة صعبة، فإن أربعة قوانين تتنازع على حكمها وهي:

- أ- قانون محل انعقاد العلاقة القانونية (Locus regit).
- ب- قانون مكان تنفيذ العلاقة القانونية (Lex Loci executionis).
- ج- قانون قاضي الموضوع (Lex fori).
- د- قانون موقع المال (Lex rei sitae) ^(١).

ومن حيث المبدأ لم يرجح (سافيني) قانوناً على آخر من القوانين المذكورة ولكنه مال إلى تفضيل قانون مكان انعقاد العلاقة القانونية في تعيين القانون الواجب تطبيقه، على أساس أن لكل علاقة قانونية موطناً ترتكز عليه كموطن الأشخاص، فيجب البحث عن هذا الموطن وإخضاع العلاقة القانونية لقانونه. ومع ذلك فقد صنف (سافيني) العلاقات القانونية إلى أصناف متعددة وحدد لكل صنف قاعدة تنازع معينة كالآتي:

- تطبيق قانون الموطن (Lex domicilli) على الحقوق العائلية والميراث.
 - تطبيق قانون محل المال (Lex rei sitae) على الأموال.
 - تطبيق قانون مكان التنفيذ (Lex Loci executionis) على الالتزامات.
 - تطبيق قانون مكان إبرام العلاقة القانونية (Locus regit) على شكل العلاقة.
- ومما يؤخذ على نظرية (سافيني) أنها مالت إلى ترجيح تطبيق قانون مكان إبرام العلاقة القانونية دون توضيح هذا المكان، فظل مبهماً صعب التطبيق. كما أن قبولها لمبدأ تطبيق قانون الموطن في تنازع القوانين على مسائل الأحوال الشخصية غير صحيح، ومع ذلك فقد كثر أنصارها في العديد من الدول مثل (Line) و (Valery) في فرنسا و (Mancini) و (Fiore) و (Diena) في إيطاليا ^(٢).

Friedrich Karl Von Savigny, System des Heutigen Romischen Rechts. c. 8. ()
Berlin/ 1849. sf. 30 ve 109 (Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf.10 ve 11 den Naklen).
Gutzwiller, le Developement Historique de Droit International Prive. sf. 76 (sf. 30)
Prof. Dr. Osman Berki den Naklen).

د- نظرية (هاوس Hauss):

نشر (هاوس) نظريته في كتاب صدر له عام ١٩٢٤م وقال فيه (ان على القاضي إذا لزم الأمر تعيين القانون المختص في حالة تنازع القوانين، البحث أولاً عن (القانون المختار) الذي اختاره أطراف العلاقة. فإن تعذر تحديد هذا القانون عليه أن يطبق قواعد التنازع في قانونه الوطني (Lex fori)، وإذا لم يوجد يجب عليه أن يطبق قانون الموطن (Lex Domicilii) أو قانون مكان وجود المال موضوع البحث (Lex Re sitae) ^(١).

ومما يؤخذ على نظرية (هاوس) جعلها إرادة أطراف العلاقة فوق القانون، إضافة إلى أنها تجعل من البحث عن إرادة أطراف النزاع مشكلة قائمة بحد ذاتها، وأن هذه الإرادة قد تؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي مخالف للنظام العام استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، وهذه نتيجة غير مرضية في القانون الدولي الخاص.

١- النظريات الإيطالية الحديثة:

ظهر صدى تحديد قواعد التنازع في ألمانيا وحرك رجال الفقه في إيطاليا إلى تطوير أسس تنازع القوانين. وكانت إيطاليا في تلك الفترة تعيش مظاهر قيام وحدتها السياسية، فظهرت فيها نظريات حديثة أهمها نظرية (مانشيني). فما هي هذه النظرية؟

نظرية (مانشيني Mancini):

قام الفقيه الإيطالي (مانشيني) بالقاء محاضرة في جامعة (تورينو) عام ١٨٥١م ذكر فيها أسس نظريته. إذ قال وهو يؤيد الوحدة الإيطالية التي كانت قد تحققت في أيامه: يتم وضع القوانين انطلاقاً وتكييفاً مع تقاليد وأحوال وعادات وحاجات الشعب وعليه يجب أن تكون من حيث المبدأ شخصية التطبيق لا إقليمية وتسري على رعايا الدولة ولو في إقليم دولة أخرى. ففي تنازع القوانين يجب ترجيح تطبيق القانون الشخصي لأطراف العلاقة القانونية (Lex patriae) الذي هو القانون الوطني للدولة التي ينتسب لها الشخص في جميع علاقاته أينما وجد، لأن القانون الشخصي يتتبع المواطن بصرف النظر عن مكان وجوده. وقسم (مانشيني) القانون إلى عام وخاص وقال: ان القانون العام ينظم تشكيلات الدولة فهو إقليمي، والقانون الخاص ينظم العلاقات الخاصة بين الأفراد فهو شخصي. وأضاف: ان الدولة تتكون من عنصري الإقليم والسكان، فيمكن عند الضرورة إضفاء صفة الدولة على القبائل الرحل، بينما لا يمكن إضفاء صفة الدولة على أرض خالية من السكان. لأن تأثير السيادة على الإقليم ثانوي بينما على السكان أصلي. فإذا غادر شخص إقليم الدولة التي يتمتع بجنسيتها إلى إقليم دولة أخرى لا يتخلص من نفوذ وسيادة قوانين دولته في جميع علاقاته باستثناء حالات ثلاث هي:

١- القوانين التي تعتبر من النظام العام.

٢- القانون المختار من قبل أطراف العلاقة.

٣- قانون مكان إجراء شكل التصرفات القانونية.

(١) Hauss, De Principiis a Quibus Pended Legum Sibi Contrarium Auctorit as. 1824. p. 32.

ويؤخذ على نظرية (مانشيني) المتصفة بالشخصية النسبية، ان الاستثناءات الكثيرة التي أوردتها قللت من قيمتها، ومع ذلك فقد أيدها عدد من الفقهاء وأخذت بها اتفاقيات دولية بشأن حل تنازع القوانين إلى قيام الحرب العالمية الأولى، كالاتفاقية التي أعدها مؤتمر لاهاي عام ١٨٩٣م بشأن قواعد تنازع القوانين.

٣- النظريات الفرنسية الحديثة:

استمرت جهود فقهاء القانون لإيجاد قواعد قانونية لحل تنازع القوانين، فظهرت نظريات جديدة مثل نظرية (بليت (Pillet) في فرنسا. فما هي هذه النظرية؟

نظرية (بليت (Pillet):

كان (بيليت) أستاذاً في كلية حقوق باريس في نهاية القرن التاسع عشر عندما صاغ نظرية (طبيعة القوانين الاجتماعية والهدف منها) ونشرها عام ١٩٠٣م في كتاب لله قال فيه: عند البحث عن القانون الواجب تطبيقه في تنازع القوانين، يعني ذلك البحث عن مدى سيادة القانون بالنسبة لعلاقات الأفراد ذات الصلة الدولية.

ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية، فلا بد وأن تكون له غاية وهي حفظ كيان المجتمع وحقوق الأفراد وإقرار التوازن بين الغايات الشخصية والغايات العمومية، مما يجب تحديد القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بالكشف عن الغرض الاجتماعي الذي يهدف إليه القانون. لأن لكل قانون غرضه الاجتماعي الذي يهدف إلى تحقيقه، ويتمتع في الحياة القانونية الداخلية بخاصتي (الدوام، والعمومية). ولمعرفة القوانين المتصفة بالدوام أو بالعمومية لا بد من تعيين غايتها الاجتماعية. فإذا كانت غايتها حماية منفعة الفرد تعتبر هذه الحماية شخصية ومتصفة بالدوام والاستمرار، ويعتبر القانون الحامي شخصي التطبيق يمتد سلطانه باستمرار ودوام من غير انقطاع على الأشخاص والأموال التي تخضع له من يوم إصداره إلى يوم إلغائه. فصفة الدوام والاستمرار تأخذ الغلبة فيه وتغطي على صفة العمومية في الميدان الدولي بحيث يتتبع الرعايا ويحكمهم أينما وجدوا وأينما وجدت أموالهم وباشروا علاقاتهم القانونية، كما في القوانين المتعلقة بالفرد والعائلة.

أي أن القوانين المتصفة بالاستمرار والدوام يمتد تطبيقها إلى خارج إقليم الدولة التي أصدرتها حتى تحافظ على الغاية التي شرعت من أجلها وهي حماية الفرد أو عائلته باستمرار ولو كان ذلك في إقليم دولة أجنبية، وبذلك يكون القانون دائماً ومستمراً بالنسبة للأفراد. كالقانون الذي يحدد الأهلية أو القانون الذي يتضمن شروط صحة الزواج ... إلخ.

أما إذا كانت غاية القانون حماية المجتمع، فهو يتصف بالعمومية ويكون تطبيقه إقليمياً على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات في إقليم الدولة دون التمييز بين الوطني والأجنبي، كقانون العقوبات، والقانون المتعلق باكتساب ملكية مال غير منقول. حيث أن غايتها هي حماية منفعة المجتمع. فتتغلب فيهما صفة العموم على صفة الاستمرار وينالان التطبيق الإقليمي في الدولة التي أصدرتهما دون منازع.

وإذا كان من السهل المحافظة على التوازن بين هاتين الخاصيتين في العلاقات القانونية الداخلية، ففي العلاقات الدولية يجب الترجيح بينهما والتضحية بإحدهما لمصلحة الأخرى عندما تدعي كل دولة الاختصاص في العلاقة القانونية المتنازع على حكمها

لقانونها الوطني. وللمفاضلة بين القوانين المتنازعة يعطى الاختصاص للقانون الدولي التي لها أكبر مصلحة في حكمها ابتغاء تحقيق الغرض الاجتماعي للقانون.

فبالكشف عن الغرض الاجتماعي للقانون يمكن الفصل فيما إذا كان من الواجب الاحتفاظ بالقانون بنطاقه الإقليمي أو بامتداده ويتم إسناد الاختصاص للقانون الواجب تطبيقه وفقا لذلك، سواء أكان هذا القانون وطنيا أم أجنبيا.

فمثلا إذا أراد أحد الأجانب الزواج في فرنسا، فوفقا لأي قانون يتم تحديد الأهلية اللازمة لهذا الزواج، قانون دولة هذا الأجنبي أم الفرنسي؟ فإذا طبق قانون دولة الأجنبي يعني ذلك أن خاصية الدوام تغلبت في شروط هذا الزواج، وإذا طبق القانون الفرنسي يعني أن خاصية العمومية قد تغلبت فيها^(١).

ويضيف أنصار هذه النظرية: أن المحكمة المرفوع إليها النزاع، عليها أن تقرر بمرحلتين. في المرحلة الأولى تقوم بعملية تكييف العلاقة القانونية، وهذا التكييف يكون من اختصاص قانون القاضي (Lex fori)، وفي المرحلة الثانية تقوم بعملية إسناد حكم العلاقة إلى أحد القوانين المتنازعة إذا ما ظهر لها بأنه أنسب من غيره بحسب غايته الاجتماعية^(٢).

وتنتقد نظرية (بيليت) لأن المعيار الذي جاءت به لحل تنازع القوانين لا يؤدي إلى تحقيقه بسهولة ويسر. فالبحث عن دوام القانون وعموميته يسوقنا إلى صعوبة معرفة ما إذا كان القانون مستمرا أو عاما، وإن التفرقة بين القوانين التي تكون غايتها حماية مصلحة الأفراد والقوانين التي تكون غايتها حماية مصلحة المجتمع غير صحيحة. لأن القوانين أيضا كان موضوعها، تهدف إلى تحقيق وحماية مصلحة الفرد والمجتمع في وقت واحد. كما أنها تستبعد فكرة الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة من موضوع التنازع، في حين أن المسألة لا تبدو أن تكون مسألة تنازع القوانين. لأن التمسك بالحق يستلزم أن يكون قد ولد صحيحا وفقا للقانون المختص، فما هو هذا القانون؟ إن هذا بحد ذاته يؤثر تنازعا^(٣).

ثالثا: موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع القوانين:

قبل ظهور الإسلام كانت للقبائل العربية الأعراف والعادات الخاصة بها، فتحكم الروابط بين أفرادها وتكاد تكون متشابهة من حيث عدم قبول عضوية أي غريب فيها ولكن دون الإخلال بحقوق الضيفة التي كانت تمنع العرب من الإساءة إلى اللاجئ والضيف. فالعصبية القبلية، وتشابه العادات والأعراف في الدية، وقبول الضيف، والزواج ... إلخ، منعت ظهور أي شيء من قبيل تنازع القوانين^(٤).

ولما ظهر الإسلام زالت العصبية القبلية وأصبح من أقوى الروابط للجمع بين كافة الناس عقيدة وهيئة وحلت المساواة بين الشعوب الإسلامية في جميع أرجاء العالم ودعى جميع الشعوب والقبائل في العالم إلى الائتلاف والتوحيد والإيمان والمساواة بقوله تعالى:

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص، الطبعة المصبعة. دار النهضة العربية - القاهرة / ١٩٧٢ - ص ٦١ والأستاذ عبد الرحمن البزاز - مبادئ أصول القانون - المرجع السابق - ص ٧٦.

Prof. Dr. Osman Berkî, sf. 35 ve Prof. Dr. Vedat Rasit Seveg., sf. 13.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٤٤-٤٥.

(٣) المرجع السابق - ص ٤٦.

(٤) انظر الدكتور أمون نعيم - المرجع السابق - ص ٣٦.

(يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم)^(١).

فالعالم صنف بحسب الشريعة الإسلامية إلى (دار الإسلام) و (دار الحرب). وكانت دار الإسلام تشمل المناطق الخاضعة للحكم الإسلامي ويحكمها المسلمون إقليميا وأشخاصا، ودار الحرب تشمل المناطق غير الخاضعة للحكم الإسلامي سواء أكانت بينها وبين المسلمين حرب فعلية أم لا، وصنف الأفراد في دار الإسلام إلى الفئات التالية:

- ١- المسلمون: وكانوا يتمتعون بكافة الحقوق دون قيد أو شرط أينما وجدوا.
- ٢- الذميون: وهم من رعايا الدولة الإسلامية من أهل الكتاب من النصارى واليهود الذين يقيمون إقامة دائمة في دار الإسلام ويرتبطون مع المسلمين بعهد الذمة ولهم ما للمسلمين من حقوق عامة وحماية لقاء جزية يدفعها كل مقتدر منهم إلى بيت المال كضريبة على الرأس ويعفى منها العاجز والنساء والأطفال ورجال الدين. كما كانوا يؤدون الخراج عن الأرض أسوة بالمسلمين ولكن لا تترتب عليهم الزكاة، لأنها كانت تقتصر على أموال المسلمين فقط. علما أن الخليفة الراشد عمر بن الخطاب قد عاملهم معاملة خاصة عندما سمح لهم بأن يمارسوا القضاء في شؤونهم الطائفية. وفي عهد العزيز بالله والمعتز وغيرهما من الخلفاء العباسيين عين الذميون في الوظائف العامة^(٢).
- ٣- المستأمنون: وهم الذين كانوا يأتون من دار الحرب إلى دار الإسلام لفترة مؤقتة بموجب عقد أمان يعقده أحدهم مع أحد المسلمين ويشهد على العقد شاهدان ويتضمن منحه حق الإقامة في دار الإسلام للتجارة أو الزيارة أو السياحة أو لأي غرض آخر لمدة لا تزيد عن سنة دون دفع أية جزية^(٣). فإذا بقي في دار الإسلام أكثر من سنة رغم تنبيهه، كان عليه مغادرة الدار أو أن يقبل الإسلام ديناً له أو ينقلب إلى ذمي ويدفع الجزية ويمنع من العودة إلى دار الحرب مرة أخرى^(٤).

- ٤- المحاربون: وهم الذين كانوا لا يؤمنون بالإسلام ويحاربونه ويجب مقاتلتهم لقوله تعالى: (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله

(١) الآية ١٣ من سورة الحجرات.

(٢) انظر الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٣٥ - ومؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة للمواطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٨٧.

(٣) لقد أقر الإسلام عقد الأمان لأنه شريعة عالمية أخرجت الناس من عبادة الأصنام إلى عبادة رب العباد ومن الجور إلى عدل الإسلام ولذلك حرصت على هداية الناس أجمعين بالحجة والإقناع لا بالإجبار والإكراه وهي لم تلجأ إلى السيف إلا اضطرارا لإزالة الحواجز والعوائق بينها وبين شعوب الدنيا كلها لإعلاء كلمة الله في حرية تامة دون خوف من أعداء الإسلام. وفكرة الأمان كانت من الأسس الهامة التي تتيح المجال للناس لدخول دار الإسلام للإطلاع عن كثب على مبادئ هذه الشريعة وقد ثبتت مشروعية هذا الأمان بالقرآن والسنة. فقد جاء في الآية (٦) من سورة التوبة: (وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه ذلك بأنهم قوم لا يعلمون).

(٤) انظر الدكتور فزاد شباط - المرجع القانوني للأجانب في سوريا - دمشق / ١٩٦٥ - ص ١٣ ومؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ١٤٦.

ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون^(١).

فمناط السيادة على الأشخاص في الإسلام كان الدين وليس التابعة السياسية، وكان القاضي المسلم لا يقضي بغير أحكام الشريعة الإسلامية في الدعاوى التي ترفع إليه وتتدخل ضمن نطاق ولايته بصرف النظر عن ديانة الخصوم وجنسياتهم وأيا كان موضوع الدعاوى، وهذا هو رأي المالكية والشافعية والحنفية. على أساس أن الشريعة الإسلامية تسري على الجميع وتطبق على كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم^(٢). لقوله تعالى: (وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيئنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق، لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا...)، وقوله تعالى: (وان أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل إليك)، وقوله تعالى: (أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون)^(٣).

وهكذا يتضح لنا مما تقدم أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ إقليمية القانون المطلق وتطبيقه على جميع الأشخاص والأموال في دار الإسلام بصرف النظر عن ديانة وتابعة أطراف النزاع. لأن القاضي المسلم لم يكن يطبق إلا الشريعة الإسلامية في القضايا التي ترفع إليه ويمتنع عن قبول منافستها من قبل شريعة أخرى، وتعطي الشريعة الإسلامية لنفسها في جميع الأحوال الغلبة مقدما فينتقي بذلك أحد عناصر تنازع القوانين، ألا وهو قبول تطبيق قانون أجنبي في دار الإسلام، فكان ذلك مانعا من ظهور تنازع القوانين بينها وبين قوانين أجنبية^(٤).

ومن ناحية أخرى كانت سيادة الشريعة الإسلامية تمتد لتشمل المسلم في دار الحرب طبقا لمبدأ شخصية القانون المطلق ويحول هذا أيضا دون تطبيق قانون آخر عليه. واستمرت الحالة هكذا حتى بعد قيام الإمبراطورية العثمانية التي اتبعت نفس الأسلوب في تصنيف الأفراد إلى مسلم وذمي ومستأمن ومحارب في ترتيب الحقوق والالتزامات العامة، إلا أنه في أواخر أيام الإمبراطورية ضعفت الدولة وبدأت تعترف للمستأمن ببعض الامتيازات السخية تحت ضغط دولهم وسمحت لهم بتطبيق قوانينهم للفصل في منازعاتهم وعلاقاتهم أمام محاكم قنصلية تتشكل في قنصليات دولهم بالإمبراطورية بموجب معاهدات عقدها الباب العالي مع الدول الغربية، مثل المعاهدة التي عقدها مع الملك فرانسوا الأول عام ١٥١٥م ومعاهدات أخرى عقدها مع إنكلترا وإيطاليا وبروسيا وروسيا وأمريكا واليونان والسويد والدنمارك وإسبانيا وبلجيكا والبرتغال... إلخ.

(١) الآية ٢٨ من سورة التوبة.

(٢) إلا أن هؤلاء قد اختلفوا فيما بينهم بشأن الأنكحة ونفي المهر وتقوم الخمر والخنزير، حيث سلم بعضهم بتطبيق شريعة الذميين في هذه المسائل مع بعض القيود، وبعضهم ذهب إلى تطبيق شريعة الذميين إذا كانت تتفق أحكامها فيها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(٣) الآيات ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ من سورة المائدة.

(٤) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ٧٦ والدكتور جابر الراوي - أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي - مطبعة الحكم المحلي - بغداد / ١٩٨٠ - ص ١٩ والدكتور حسن الهادي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٣٢.

فهذه الامتيازات جرت الوبال على سيادة الدولة العثمانية وشخصيتها القانونية ومنافعها، لأنها أخرجت الأجانب في الإمبراطورية العثمانية من نطاق الاختصاص التشريعي والقضائي العثماني وأعفتهم من دفع الضرائب والرسوم الجمركية وجعلتهم يمارسون التجارة بحرية تامة دون الخضوع للقوانين والأنظمة الجمركية العثمانية وصار بإمكانهم اختيار قضاتهم للبت في منازعاتهم بالاختصاص أمام محاكم خاصة تتشكل في قنصليات دولهم، وتغلغل النفوذ الأجنبي في كافة أرجاء الإمبراطورية من جراء هذه الامتيازات، وانتزع قناصل الدول الأجنبية في الإمبراطورية سلطة الحكم من الدولة فيما يقتضيه رعاياهم من جرائم في إقليمها، وكانت مسائل الأحوال الشخصية للأجانب تنتظر أمام المجالس الخاصة بكل طائفة منهم. ولذلك لم يكن المناخ ملائما لظهور التنازع بين قوانين الإمبراطورية العثمانية وقوانين الدول الأجنبية، وقد استفاد من هذه الامتيازات أول الأمر المستأمنون تحت ضغط دولهم ثم حاول الذميون، وهم رعايا الإمبراطورية العثمانية من أهل الكتاب الحصول على نفس الامتيازات بحماية ودعم الدول الأجنبية، فرفعت عنهم الضرائب، وضاعت الدولة العثمانية ذرعا من هذه الامتيازات التي منحتها للأجانب في إقليمها وقررت العدول عن سياسة التمييز بين الأفراد واتخذ الباب العالي جملة إجراءات للحد من هذه الامتيازات، منها إصدار مرسوم (خط كلخانة) عام ١٨٣٩م لتأكيد سيادة الدولة على جميع الأفراد في إقليمها والمساواة بين رعاياها في الحقوق والواجبات، وأعقب ذلك صدور مرسوم (الخط الهمايوني) عام ١٨٥٦م لتأكيد المساواة التامة بين أفراد الشعب في الحقوق والواجبات دون تمييز إلى أن صدر قانون الجنسية العثمانية عام ١٨٦٩م وصارت الجنسية وصفا في الشخص يكتسبه على أساس حق الدم أو حق الإقليم بصرف النظر عن أي شيء آخر وألغي أسلوب تصنيف الأفراد إلى مسلم وذمي ومستأمن ومحارب وحدد من هو (الأجنبي) ومن هو (الوطني) في هذا القانون الذي سرت أحكامه على جميع أجزاء الإمبراطورية بما فيها شرق الأردن إلى الانتداب البريطاني وإعلان إمارة شرق الأردن^(١).

كما صدر عام ١٩١٥م قانون حقوق وواجبات الأجانب العثماني الذي تناولت المادة (٢) منه تنظيم الاختصاص التشريعي وبيان قواعد تنازع القوانين، وتناولت المادة (٤) منه تنظيم الاختصاص القضائي. إذ قضت المادة (٢) منه بتطبيق القوانين العثمانية المتعلقة بالأمن والنظام العام على جميع الأشخاص من وطنيين وأجانب في الإمبراطورية، وقضت المادة (٤) منه بأن كافة الدعاوى المتعلقة بالأموال غير المنقولة وسائر المواد المدنية والتجارية والجزائية تنظرها المحاكم العثمانية وفقا للقوانين والأصول والأنظمة العثمانية ولولم يكن أحد أطرافها من العثمانيين، إلا أنه إذا كان النزاع متعلقا بأجانب غير مسلمين، فإن قوانينهم الشخصية هي التي تطبق عليهم وفقا لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص بالنسبة لقضايا انعقاد وفسخ النكاح والتفريق والأبوة والنسب والتبني وسن الرشد والحجر والوصاية وغير ذلك من الحقوق العائلية ومسائل الأحوال الشخصية والوصية بأموال منقولة

(١) ألغت تركيا هذه الامتيازات عام ١٩١٤ عند قيام الحرب العالمية الأولى حيث وجدت الحكومة التركية أن الوقت قد حان لإلغائها.

والميراث، بشرط ترافعهم الرضائي لديها أو إذا كان أحد أطراف النزاع عثمانياً وإن لا يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفاً للنظام العام.

فالمبدأ الذي أخذت به المادة (٢) من القانون المذكور هو (الإقليمية المطلقة) من حيث سريان القوانين والأنظمة العثمانية المتعلقة بالعقوبات والانضباط على جميع الرعايا والأجانب في إقليم الإمبراطورية. أي استند هذا القانون إلى مبدأ الإقليمية في التطبيق، ولكن لم يفسر هذا الحكم بشكل يجعله مقتضراً على قواعد القانون العام المتعلقة بالأمن والانضباط في الدولة، بل فسر على أساس أنه يشمل جميع الأحكام الداخلية للقانون العثماني المتعلقة بالقانون العام والأحكام الخاصة ذات العلاقة بالقانون العام، كأحكام سجلات النفوس وأسس التملك والتعويض عن الفعل الضار الواقع في الإمبراطورية.

وأخذت المادة (٤) من القانون المذكور بمبدأ شخصية القانون عندما عقدت الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية والعلاقات التجارية والمدنية للقانون الشخصي للأفراد بشرط عدم مخالفته للنظام العام في الإمبراطورية. فالقانون الشخصي الذي كان يتقرر تطبيقه، يتم استبعاده في حالة مخالفته للنظام العام ويحل محله القانون العثماني^(١).

وقد انتقد هذا القانون رغم تسامحه في تطبيق القانون الأجنبي، من حيث أنه لم يحدد الطريقة التي يتم بها تعيين القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، خاصة في حالة تعدد جنسية أحد أطراف العلاقة القانونية أو انعدام جنسيته. كما لم يكن هناك أي مبرر لاستعمال عبارة (الأجنبي غير المسلم) في نص المادة (٤) منه لعدم وجود ضرورة للتمييز بين الأجنبي المسلم والأجنبي غير المسلم في هذا المجال^(٢).

وظل هذا القانون وقانون الجنسية العثمانية وغيرهما من القوانين العثمانية سارياً في جميع البلدان التي كانت تحت هيمنة الإمبراطورية العثمانية بما فيها شرق الأردن التي تأسست الإمارة فيها عام ١٩٢١م وتم انسلاخها نهائياً عن الإمبراطورية العثمانية بموجب معاهدة لوزان، ولكن الإمارة كغيرها من البلدان المنسلخة عن الإمبراطورية العثمانية بحكم الواقع أو بمقتضى معاهدة لوزان ورثت التشريعات العثمانية فترة من الزمن، ومنها قانون حقوق وواجبات الأجانب العثماني ومجلة الأحكام العدلية إلى أن تأسست الحكومة الوطنية في شرق الأردن بزعمارة الأمير عبد الله بن الحسين وتولت وضع قوانين وطنية لتحل تدريجياً محل القوانين العثمانية والقوانين التي أصدرتها إدارة الانتداب البريطاني في الجنسية ومركز الأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ثم شرع القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م ليحل محل مجلة الأحكام العدلية^(٣)، وقد احتوى هذا القانون في المواد (١١-٢٩) منه بخصوص تعيين القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي والتكليف والإحالة والإسناد، وفي حالة عدم وجود قاعدة تنازع في هذه المواد، فقد

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 86

(٢) انظر Muammer Rasit Sevig, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı

Kaidelerinin Sentezi. 1956. sf. 31. ve Prof. Dr. Osman Berki, sf. 44.

(٣) مجلة الأحكام العدلية عبارة عن نكتين لأحكام الفقه الإسلامي قام به الأتراك عام ١٨٧٦ وطبقت في جميع أجزاء الإمبراطورية العثمانية واستمر العمل بها في الأردن إلى ١٩٧٧/١ حيث انتهى العمل بما يتعارض من أحكامها مع أحكام القانون المدني الذي أصبح نافذاً اعتباراً من هذا التاريخ.

اعتبر المشرع الأردني مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في العالم مصدراً من مصادر قواعد التنازع. وكذلك احتوى على أحكام الموطن. وقد التزم المشرع الأردني في قواعد التنازع هذه بتطبيق مبدأ إقليمية القانون النسبي حيث سمح بتطبيق القانون الشخصي الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية وبعض التصرفات التعاقدية وغير التعاقدية، وبذلك تهيأ المناخ اللازم لقيام التنازع بين القانون الأردني وقوانين الدول الأجنبية بعد صدور القانون المدني^(١). فالأردن يعتبر حديث العهد في تطبيق قواعد تنازع القوانين.

المطلب الثاني

أنواع تنازع القوانين

يصنف تنازع القوانين إلى عدة أنواع، أهمها ما يلي:

١- تنازع القوانين العامة وتنازع القوانين الخاصة: فالأول يتولد من تنازع القوانين العامة، كالقانون الجنائي والقانون الإداري، ولا علاقة للقانون الدولي الخاص بهذا النوع من التنازع. بينما الثاني يتولد من تنازع القوانين الخاصة، كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية، وهو محل اهتمام القانون الدولي الخاص^(٢).

٢- تنازع القوانين من حيث الزمان وتنازع القوانين من حيث المكان: فالأول يتولد من جراء تشريع ونشر قوانين داخلية جديدة والتساؤل عن مدى رجعية أو عدم رجعية تلك القوانين الجديدة على الماضي، ولا دخل للقانون الدولي الخاص بهذا النوع من التنازع^(٣). وقد نظمته القانون المدني الأردني في المواد (٤-١٠) منه.

أما الثاني فهو التنازع الذي يتولد من تنازع تشريعات دول متعددة على حكم نزاع مشوب بعنصر أجنبي وإجراء المفاضلة بين تلك التشريعات المتنازعة لاختيار أنسبها لحكمه، وهو ما يهتم به القانون الدولي الخاص، كالتنازع الذي يحصل بين القانون البريطاني والقانون الأردني حول تركة بريطاني مقيم في الأردن من حيث هل يتم توزيعها على الورثة وفقاً للقانون البريطاني وهو قانونه الوطني، أو القانون الأردني وهو قانون محل إقامته؟ علماً أن المشرع الأردني قد نظم أحكام تنازع القوانين من حيث المكان في المواد (١١-٢٩) من القانون المدني.

٣- تنازع القوانين المختلط: وهو التنازع الذي ينشأ بين القوانين من حيث الزمان والمكان معا ويسمى أيضاً بـ (التنازع المركب أو التنازع المتحول)، ومثاله التنازع الذي يحصل من جراء تبدل السيادة بضم إقليم أو جزء من إقليم دولة إلى دولة أخرى. فهو تنازع

(١) شرع القانون المدني الأردني ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٧٦/٨/١م بمقتضى رقم ٤٣، ودخل النفاذ في ١٩٧٧/١/١م وتحول إلى قانون دائم بنفس الرقم والتاريخ بعد إقراره من مجلس الأمة ونشر ذلك في العدد ٤١٠٦ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٩٦/٣/١٦م.

(٢) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - دار الطباعة الحديثة - البصرة / ١٩٦٥ - ص ٥-٨.

(٣) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ١٨٣ وما بعدها.

قوانين من حيث الزمان لأنه يتولد من تعاقب تطبيق قانونين، وتنازع قوانين من حيث المكان، لأنه يتصل بقانونين صادرين عن سيادتين مختلفتين.

٤- التنازع الدولي والتنازع الداخلي للقوانين: فالأول يتولد من تنازع قوانين دول ذات سيادة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي. أي تنازع القوانين من حيث المكان وهو الذي يهتم به القانون الدولي الخاص وسنقوم بشرحه مفصلاً في هذا الكتاب.

أما التنازع الداخلي فهو قد يظهر بأشكال مختلفة بين قوانين الدولة الواحدة. إذ قد يظهر سياسياً بين قوانين ولايات دولة بسيطة لا يطبق فيها مبدأ الوحدة القانونية، كما كان الوضع سابقاً في فرنسا إلى عام ١٨٠٤م وفي بولونيا إلى عام ١٩١٨م وفي يوغسلافيا السابقة^(١)، أو قد يظهر بين قوانين ولايات دولة مركبة، لأن لكل ولاية قانونها الخاص، كما هو الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا.

وقد يظهر هذا التنازع أيضاً في دولة واحدة تتعدد فيه الشرائع تعدداً شخصياً بسبب تعدد الطوائف الدينية والأقليات فيها وتمتع كل طائفة منها بحق تطبيق شريعته الخاصة، كالتنازع الذي يحصل بين شرائع المذاهب والطوائف المختلفة في لبنان^(٢).

٥- تنازع الاختصاص التشريعي وتنازع الاختصاص القضائي الدولي: تنازع الاختصاص التشريعي هو التنازع الذي يحصل من جراء اتصال علاقة قانونية خاصة في عنصر أو أكثر من عناصرها بقوانين أكثر من دولة واحدة، كقانون جنسية أطراف العلاقة وقانون موطنهم وقانون محل إبرام العقد وقانون موقع المال وقانون محل التنفيذ وقانون المحكمة المرفوع إليها النزاع، وتتراحم وتتنازع هذه القوانين فيما بينها على حكم هذه العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. مما يستلزم معرفة أي منها يجب تطبيقه عليها.

أما تنازع الاختصاص القضائي فهو التنازع الذي يثور في قضية مشوبة بعنصر أجنبي لا بشأن القانون الواجب تطبيقه عليها، وإنما بشأن المحكمة المختصة برؤيتها.

وتتنازع الاختصاص التشريعي غير متلازم لتنازع الاختصاص القضائي الدولي. لأن الأول يعني تنازع وتراحم قوانين عدة دول على حكم قضية مشوبة بعنصر أجنبي والبحث عن أنسب قانون من بين تلك القوانين لتطبيقه عليها، والثاني يعني تحديد المحكمة المختصة للنظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي من بين المحاكم المتنازعة على اختصاص نظر تلك القضية. فتنازع الاختصاص التشريعي مسألة قائمة بذاتها وتنازع الاختصاص القضائي الدولي مسألة قائمة بذاتها ولا تلازم بينهما.

فإذا ثبت الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة معينة فسي قضية مشوبة بعنصر أجنبي لا يستلزم بالضرورة ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون تلك الدولة في نفس القضية. كما أن ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي لا يستلزم بالضرورة انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة تلك الدولة في نفس القضية.

(١) كانت فرنسا إلى أواخر القرن الثامن عشر محكومة في أجزائها الشمالية بقواعد عرفية وفي أجزائها الجنوبية بالقانون الروماني إلى أن صدرت مجموعات نابليون عام ١٨٠٤م التي وحدت القوانين في جميع أجزاء البلاد. في أوائل القرن التاسع عشر، فاستكملت فرنسا وحدتها السياسية باستكمال وحدتها القانونية.

(٢) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١١٤.

ففي تنازع الاختصاص التشريعي يتم البحث عن القانون الواجب تطبيقه في قضية مشوبة بعنصر أجنبي معروضة على القاضي، كما لو أقام أردني الجنسية دعوى الطلاق على زوجته في إيطاليا، فتعتبر هذه القضية مشوبة بعنصر أجنبي ويبحث قاضي الموضوع فيها عن القانون الواجب تطبيقه عليها، هل هو القانون الأردني أم القانون الإيطالي أم قانون دولة أخرى؟.

وإذا أراد ألماني الجنسية الزواج في الأردن، يبحث القاضي الأردني عن القانون الذي تحدد أهليته اللازمة للزواج وموانع ومراسيم هذا الزواج، هل هو القانون الأردني أم القانون الألماني. وإذا توفي فرنسي الجنسية في الأردن عن تركة منقولة وغير منقولة، فهل يطبق القانون الفرنسي على هذه التركة باعتباره القانون الشخصي للمتوفى أم القانون الأردني باعتباره قانون محل وجود هذه التركة؟.

بينما في تنازع الاختصاص القضائي الدولي يتم البحث عن المحكمة المختصة بنظر العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي. فإذا أقام فرنسي الجنسية دعوى الطلاق على زوجته الفرنسية في الأردن، يبحث عن هل تختص المحاكم الأردنية بنظر هذه الدعوى أم المحاكم الفرنسية؟.

ورغم استقلال الاختصاص التشريعي عن الاختصاص القضائي الدولي وعدم وجود التلازم بينهما فقد يجتمعان أحيانا. كما لو كانت قاعدة الإسناد التي تعقد الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة في قضية مشوبة بعنصر أجنبي تعقد الاختصاص القضائي الدولي في نفس الوقت لمحاكم تلك الدولة من حيث الأساس، وهذا ما يتم إعماله بالنسبة لنظام الملكية العقارية، حيث يعطى الاختصاص القضائي الدولي في النزاع المتعلق بالعقار لمحكمة موقعه، كما أن العقار يخضع من جهة أخرى لقانون موقعه. أو كما لو أبرم عقد بين شخصين في دولة معينة اتخذوا فيها موطنهما المشترك، فتختص محاكم تلك الدولة في نظر المنازعات الناتجة عن هذا العقد على أساس أنها محاكم مكان إبرام العقد ويختص قانونها بحكم النزاع على أساس أنه قانون موطنهما المشترك^(١)، وأحيانا قد يجر أحد الاختصاصين الآخر، كما في التزام المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص القضائي بتطبيق ما يقضي به النظام العام الوطني في دولتها على النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليها. لأن قاضي الموضوع ملزم بمراعاة ما يقضي به النظام العام والآداب في دولته عند النظر في قضية مشوبة بعنصر أجنبي ولو بعد تحديد القانون الواجب تطبيقه. فإذا كان القانون الأجنبي الواجب تطبيقه مخالفا للنظام العام والآداب في دولة القاضي، يمتنع القاضي عن تطبيقه ويطبق بدلا منه قانونه الوطني.

فمثلا إذا أقام أجنبي دعوى النفقة في الأردن على أحد أقاربه وكان القانون الوطني لهذا الأجنبي لا يعترف بالنفقة بين الأقارب، يمكن للقاضي الأردني أن يحكم بالنفقة في هذه الحالة بموجب القانون الأردني، لأن هذه المسألة وإن كانت متعلقة بالأحوال الشخصية

(١) تنص المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني على أن: (١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ٢- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار).

وخاضعة للقانون الشخصي، إلا أن عدم الحكم بالنفقة في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه يتعارض مع النظام العام والآداب في الأردن، فالنظام العام في هذه القضية يمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص ويعقد الاختصاص التشريعي فيها للقانون الأردني فضلاً عن اختصاصها القضائي الدولي^(١).

وأحياناً إذا تقرر تطبيق قانون أجنبي في قضية مشوبة بعنصر أجنبي، قد تعتبر محكمة تلك الدولة الأجنبية هي المختصة أيضاً بنظر تلك القضية لأسباب فنية أو دينية لتطبيق ذلك مع واقع الحال والمصلحة لحد ضرورة اتحاد الاختصاصين معاً، كما في الدول التي تطبق أحكام الدين، فتعتبر بعض المسائل القانونية المدنية، كالزواج وغيره خاضعة لأحكام الدين وتقوم الجهات الدينية بعقدها وحسم منازعاتها مباشرة، استناداً إلى القواعد الدينية. فمثلاً في الإسلام تخضع الروابط العائلية لأحكام الشريعة الإسلامية ويقوم رجال الدين في بعض البلدان الإسلامية بتطبيقها مباشرة، كما في شمال الجزائر والسعودية وتونس ودول اليلقان. أو مثلاً يعتبر البت في الزواج موضوعياً وقضائياً من اختصاص الكنيسة الكاثوليكية. ففي هذه البلدان يوجد تلازم وثيق بين القانون الواجب تطبيقه والجهة المختصة بحسم نزاع مشوب بعنصر أجنبي متعلق بمثل هذه الروابط.

٦- **التنازع الإيجابي والتنازع السلبي للقوانين:** ويحصل التنازع الإيجابي للقوانين عندما تعطي قواعد الإسناد في كل قانون من القوانين المتنازعة على حكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي الاختصاص فيها لقانونها الوطني.

فمثلاً تخضع الأموال غير المنقولة في القانون التركي لقانون مكان وجودها، بينما في القانون الألماني تخضع لقانون المتوفى. فإذا توفى ألماني الجنسية في تركيا عن تركة غير منقولة ينشأ بسببها تنازع إيجابي بين القانونين التركي والألماني. لأن قاعدة الإسناد التركية تقضي بتطبيق القانون المحلي لمكان وجود هذه الأموال، أي (القانون التركي)، وقاعدة الإسناد الألمانية تقضي بتطبيق القانون الوطني للمتوفى، أي (القانون الألماني).

أما التنازع السلبي للقوانين، فإنه يحصل عندما لا تسند قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة حكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لأي قانون منها. فمثلاً تخضع التركة المنقولة في القانون التركي لقانون المتوفى، بينما في القانون السويسري تخضع لقانون موطنه. فإذا توفى سويسري الجنسية متوطناً في تركيا وترك أموالاً منقولة فيها يظهر تنازع سلبي بين القانونين السويسري والتركي. لأن قاعدة الإسناد التركية تعطي الاختصاص في هذه المسألة المشوبة بعنصر أجنبي للقانون السويسري، بينما قاعدة الإسناد السويسرية تعطي الاختصاص فيها للقانون التركي مما يؤدي إلى ظهور (الإحالة) التي هي من أهم مسائل القانون الدولي الخاص تعقيداً. علماً أن التنازع الإيجابي والسلبي قد يظهران في تنازع الاختصاص القضائي الدولي أيضاً.

٧- **تنازع القوانين المتولد من الشروط الأصلية وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية:** تنازع القوانين المتولد من الشروط الأصلية يتعلق بجوهر القضية المشوبة بعنصر أجنبي، كالتنازع المتعلق بموانع زواج مشوب بعنصر أجنبي والبحث عن القانون الواجب

(١) تنص المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني على أنه: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

تطبيقه على هذا النزاع. أما تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية، فيتعلق بشكل العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ومراسيمها، كالنزاع المتعلق بالبحث عن مدى صحة إجراءات عقد زواج مشوب بعنصر أجنبي والقانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع^(١).

المطلب الثالث

أسباب تنازع القوانين وحلوله

لتنازع القوانين أسباب لا بد من التطرق إليها وإلى حلولها بشيء من الإفاضة:
أولاً: أسباب تنازع القوانين:

من أهم أسباب تنازع القوانين، سيادة الدولة، واختلاف أحكام التشريعات كالاتي:

أ- سيادة الدولة:

في مسألة السيادة تغار الدول عادة، بحيث لا تقف طموحها عند تطبيق قوانينها على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في إقليمها فحسب، بل تريد مد تطبيقها على رعاياها وتصرفاتهم القانونية في الخارج أيضاً. وبالمقابل إذا تمسكت الدولة التي يقيم رعايا الدولة الأولى في إقليمها بنفس المبدأ، فإنه سوف تطبق قوانينها الوطنية على جميع الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية في إقليمها وعلى رعاياها وتصرفاتهم القانونية في الخارج، فيتولد من ذلك تنازع القوانين. وعليه يمكن تجنب تنازع القوانين بعدم إصرار الدول في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي على وجهة نظرها القاضية بتطبيق قوانينها على جميع الأشخاص والقضايا في إقليمها، وأن تتساهل قليلاً في موقفها بقبول استثناءات على مبدأ السيادة المطلقة^(٢).

ب- اختلاف أحكام التشريعات:

تحتوي تشريعات الدول المختلفة على أحكام موضوعية متباينة في قانونها الدولي الخاص بحسب ما يخدم مصالحها الوطنية لعدم وجود قواعد قانونية دولية تنص على حل تنازع العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وهذا ما يؤدي إلى حصول تنازع القوانين، فلكل دولة قواعدها القانونية الخاصة التي شرعتها بحرية تكاد تكون مطلقة لتحقيق مصالحها الوطنية بصرف النظر عن مصالح الدول الأخرى، فلو كان بالإمكان توحيد هذه القواعد دولياً لما حصل تنازع القوانين، ولكن هذه رغبة مستحيلة، ولذلك يستمر حصول التنازع بين قوانين الدول المختلفة.

ثانياً - وسائل معالجة تنازع القوانين:

تنقسم الوسائل التي يمكن أن يعالج بها تنازع القوانين إلى قسمين هما:

(١) Prof. Dr. Osman Berki, sf. 5

(٢) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٠٦ و

Nusret Metya, Kanun ihtilafı ve Muhtelif Sistemler - İstanbul / 1941. sf.5

أ- الوسائل الداخلية (التشريع):

إذا استعرضنا تشريع أية دولة نجد انه يحوي قواعد خاصة بحل تنازع القوانين وتحديد نطاق تطبيق القانون الأجنبي. ولكن هذه القواعد ليست وفيرة ولا مجموعة في مجموعة واحدة، بل متوزعة بين نصوص قوانين عديدة ويستأثر المشرع الوطني بوضعها. وقديما لم تكن للتشريع أهمية في حل تنازع القوانين، حيث ظل القضاء قرونا طويلة يعتمد على آراء الفقهاء في حله إلى أن وضعت له قواعد قانونية خاصة في أوروبا خلال النصف الثاني من القرن الثامن عشر، وصار القانون الداخلي لكل دولة يتضمن قواعد خاصة بحل تنازع القوانين وتعيين القانون الواجب تطبيقه في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي إلى جانب قواعد أخرى تتعلق بالتنازع الداخلي غير المشوب بعنصر أجنبي. إلا أن الأحكام الخاصة بتنازع القوانين لم تبلغ من الكثرة بحيث يمكن تجميعها في مجموعة واحدة مستقلة أسوة بالقانون المدني والقانون التجاري وغيرهما من القوانين، ولذلك قد ترد هذه الأحكام ضمن قانون مستقل في بعض الدول، مثل اليابان والصين وهولندا والبرازيل وتركيا^(١) وبولونيا وجيكوسلوفاكيا (سابقا) وقانون بوستامنت لعام ١٩٢٨م^(٢)، أو قد ترد ضمن المبادئ العامة للقانون المدني في دول أخرى، مثل الأردن ومصر وسوريا والعراق وليبيا وألمانيا واليونان، ووردت في بلغاريا ضمن قانون الأسرة.

ب- الوسائل الدولية (المعاهدات والاتفاقيات الدولية):

ومن الممكن حل تنازع القوانين بوسائل دولية تتمثل في المعاهدات والاتفاقيات الدولية. فهناك معاهدات جماعية واتفاقيات ثنائية عقدت بين الدول خصيصا لحل تنازع القوانين، أهمها اتفاقيات لاهاي: (اتفاقية أصول الحقوق لعام ١٨٩٩، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من الزواج لعام ١٩٠٢، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من التفريق والطلاق لعام ١٩٠٢، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من الوصاية على الصغار لعام ١٩٠٢، واتفاقية تنازع القوانين المتولد من الزواج وأموال الزوجين لعام ١٩٠٥)، ومعاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ واتفاقية الصلاحية العدلية الملحقة بها.

المطلب الرابع

شروط قيام تنازع القوانين الدولي

لقيام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لا بد من توافر الشروط التالية:

١- وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية:

لقيام تنازع القوانين الدولي لا بد من وجود عنصر أجنبي يشوب العلاقة القانونية بسبب اختلاف جنسية أطرافها أو محل انعقادها أو مكان تنفيذها أو مكان وجود المال وتنازع وتزامم قوانين أكثر من دولة واحدة على حكمها. فعندما تكون العلاقة القانونية

(١) أدرج المشرع التركي أحكام تنازع القوانين مع قانون الجنسية التركية والمركز القانوني للأجانب والتجارة الخارجية في مجموعة واحدة باسم (الحقوق الدولية الخاصة التركي). (انظر:

Prof. Dr. Aysel Celikel Ve Prof. Dr. Cemal Sanli, Turk Milletlerarasi Ozel Hukuk Mevzuati, 8 Basi - Istanbul, 1998)

(٢) هذا القانون عبارة عن تفتين كامل لمسائل القانون الدولي الخاص ويضم "٣٧" مادة أعده القانوني المشهور (بوستامنتي) ولذلك سمي القانون باسمه، وأقره المؤتمر الأمريكي السادس عشر الذي عقد في هافانا وانضمت إليه خمس عشرة دولة من دول وسط وجنوب أمريكا عام ١٩٢٨م.

مشوبة بعنصر أجنبي ترى كل دولة من الدول التي تتصل بها هذه العلاقة ان لها مصلحة في تطبيق قانونها عليها، كزواج يتم بين أردني وألمانية في إنكلترا. فإذا حصل نزاع من هذه العلاقة القانونية يعتبر مشوبا بعنصر أجنبي بسبب اختلاف جنسية أطرافها ومكان انعقادها في دولة أجنبية مما يجعل القانون الألماني والقانون الأردني والقانون الإنكليزي تتنازع على حكم هذا النزاع، بينما إذا كانت العلاقة القانونية غير مشوبة بعنصر أجنبي فهي أحد عناصرها، فإنها تعتبر وطنية محضة وتخضع للقانون والقضاء الوطني، كزواج يتم في الكرك بين أردني من إربد وأردنية من عمان. فهذه العلاقة القانونية وطنية بحتة ويطبق عليها القانون الأردني شكلا وموضوعا. وكلما ازداد التبادل الدولي في ميادين التجارة والثقافة والسياحة بين الدول، كلما زاد العنصر الأجنبي في العلاقات القانونية التي تقوم بين الأفراد.

٢- أن يكون التنازع بين قوانين دول ذات سيادة:

ولكي يقوم تنازع القوانين الذي يهتم به القانون الدولي الخاص، يجب أن يكون هذا التنازع بين قوانين دول ذات سيادة، كالتنازع بين القانون المدني الأردني والقانون المدني الفرنسي، ولكن دون اشتراط أن تكون هذه الدول مستقلة ومعترفا بها رغم أن المحاكم في فرنسا وإنكلترا ودول أخرى أصرت في الثلاثينات من القرن التاسع عشر على التمسك بشرط الاعتراف لإمكان حصول التنازع بين قوانينها والقوانين السوفياتية قبل اعتراف حكومات هذه الدول بنظام الحكم في الاتحاد السوفياتي بعد ثورة أكتوبر عام ١٩١٧م^(١). إذ عرضت على القضاء الفرنسي قضية تتعلق بصفقة تجارية من الحرير الخام اشتراها تاجر فرنسي من تاجر روسي في ميناء أوديسا في روسيا لإرسالها إلى ميناء مرسيليا في فرنسا، ولكن الحكومة الروسية الجديدة صادرت الصفقة وفقا للقوانين الاشتراكية الجديدة وباعتها إلى شخص آخر أيضا في ميناء مرسيليا، وقرر القضاء الفرنسي الحجز على البضاعة بنسبه على طلب المشتري الأول ووفقا للقوانين الفرنسية على أساس أن المحاكم الفرنسية لا تطبق القانون السوفياتي لعدم اعتراف فرنسا بنظام الحكم الجديد في الاتحاد السوفياتي^(٢).

ورغم أن مسألة الاعتراف قد تغيرت اليوم، بحيث أصبحت سياسية ولا يشترط وجود الاعتراف بالدولة لقيام التنازع بين قوانينها وقوانين غيرها من الدول، إلا أن هذا الشرط يفرض نفسه من الناحية الواقعية والعملية لعدم تصور اعتراف أية دولة بالتنازع الحاصل بين قوانينها وقوانين دولة أخرى لا تعترف بها وتعتبرها عدوة لها.

وكذلك لا يعترف بالتنازع الداخلي الذي ينشأ بين قوانين ولايات دولة متحدة اتحادا فيدراليا، كما في سويسرا وكندا والولايات المتحدة الأمريكية. فتنازع قوانين ولاية شيكاغو مع قوانين ولاية نيويورك في أمريكا يعتبر تنازعا داخليا للقوانين لا دوليا. أما التنازع بين قانون ولاية شيكاغو والقانون الأردني، فإنه يعد تنازعا دوليا للقوانين بين القانون الأمريكي والقانون الأردني.

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٤٩.

(٢) انظر الدكتور جابر الراوي - المرجع السابق - ص ١٥.

وكذلك لا يعد تنازعا دوليا للقوانين، التنازع الداخلي الذي يحصل بين النظم القانونية والشرائع المتعددة السائدة في دولة واحدة بسبب تعدد الطوائف فيها، كما في لبنان، حيث توجد طوائف ومذاهب مختلفة لكل واحدة منها شريعتها الخاصة التي تطبق على الأفراد التابعين لها في مسائل الأحوال الشخصية، مثل المارونية والدرزية والشيعة والسنية. فهنا لا يوجد تنازع دولي للقوانين إذا وقع التنازع بين هذه الشرائع المتعددة، بل يوجد تنازع داخلي للقوانين ويلجأ فيه إلى التفويض (Delegation) لحله^(١).

وكذلك لا يعتبر تنازعا دوليا للقوانين، التنازع الاستعماري الذي يحصل بين قانون دولة وقانون إحدى المستعمرات التابعة لها^(٢).

ويشترط في السلطة التي تمارس السيادة الإقليمية وصدر منها القانون المزاحم أن تكون نظامية، ولهذا فإن أوامر العصابات وقطاع الطرق والعادات القبلية لا تعتبر قانونا ولا يسمح بتنازعها مع قوانين دول ذات سيادة ما دامت صادرة عن سلطة غير نظامية. فقد سبق أن رفضت المحاكم الإنكليزية قبول التنازع الحاصل بين القانون الإنكليزي وعادات إحدى القبائل المتوطنة في وسط أفريقيا، عندما تزوج بريطاني الجنسية بإمرأة من تلك القبائل أنجبت له ولدا وطالبت بتركته بعد وفاته رغم أن الزواج كان قد تم صحيحا وفق تقاليد قبيلتها. إذ أن المحكمة العليا قضت بتطبيق القانون الإنكليزي على أساس أن المسألة ليس فيها تنازع قوانين دولي لعدم إمكان تصور قيام التنازع الدولي للقوانين بين القانون الإنكليزي وتقاليد قبلية^(٣).

٣- أن يكون التنازع بين قوانين خاصة:

وينبغي أن يكون تنازع القوانين الدولي بين القوانين الخاصة، مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية. لأن القانون الدولي الخاص لا يهتم إلا بالحيلة القانونية الخاصة الدولية للأفراد على أساس أن الهدف الأصلي والمباشر للقوانين الخاصة هو حماية الحقوق الخاصة للأفراد، وإن كان في تحقيق هذه المصالح الخاصة مصلحة عامة بصورة غير مباشرة، عكس القوانين العامة التي تهدف في الأصل إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، ولذلك لا ضير من قبول تطبيق قانون أجنبي في العلاقات القانونية الخاصة طالما تمثل هذه العلاقات مصالح الأفراد الخاصة فيما بينهم ولا يكون في تطبيق قانون أجنبي عليها أي مساس بالمصلحة العامة للمجتمع وبسيادة الدولة.

وعليه لا يقبل التنازع بين القوانين العامة لأنها مرتبطة أصلا ومباشرة بالمصلحة العامة وبسيادة الدولة التي أصدرتها، مثل القانون الجنائي والقانون المالي والقانون الإداري والقانون الدستوري، حيث تستند هذه القوانين إلى مبدأ التطبيق الإقليمي المطلق انطلاقا من فكرة السيادة، ولا يمكن قبول تطبيق قانون أجنبي على العلاقات التي تنظمها. فالقانون الوطني وحده يحكم هذه العلاقات بحكم اتصالها بالمصلحة العامة والنظام العام في الدولة، وإن التنازل عن اختصاص القانون العام الوطني لقانون أجنبي يمس السيادة. إلا أن القانون العام وإن كان لا يقبل مزاحمة قانون أجنبي، لكنه قد يجر إلى التنازع عندما يضطر

(١) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١١٤.

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berkî. sf. 6

(٣) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص العربي - القاهرة / ١٩٥٩ - ص ١٠.

القاضي إلى تطبيق قوانين عامة أجنبية بصفة تبعية لا أصلية لإعمال القواعد الوطنية. ومثال ذلك أن تقرر محكمة وطنية تطبيق قانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي معروض عليها وحصول طعن بعدم دستورية هذا القانون من أحد أطراف النزاع واضطرار المحكمة إلى الفصل في دستوريته أو عدم دستوريته طبقاً لدستور الدولة الأجنبية التي تقرر تطبيق قانونها في النزاع.

ففي هذه الحالة ان القانون الدستوري الأجنبي هو الذي يطبق لحسم دستورية أو عدم دستورية القانون الذي تقرر تطبيقه في النزاع رغم انه قانون عام، ولكن تطبيقه يكون بصورة تبعية ولا ينافس القانون العام الوطني لدولة المحكمة ولا يحل محله^(١).

٤- أن يتسامح المشرع الوطني ويقبل تطبيق قانون دولة أخرى في إقليمها على العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي. لأنه إذا تمسك المشرع الوطني بالإقليمية المطلقة أو بالشخصية المطلقة في تطبيق قانونه الوطني في جميع الحالات لا يحصل عندئذ أي تنازع قوانين ويكون قانون القاضي هو الواجب تطبيقه لعدم قبوله مزاحمة أي قانون أجنبي في حكم العلاقات القانونية، حيث لا يكون هناك قانون آخر يصار إليه في هذه الحالة.

٥- وجود اختلاف بين أحكام القوانين المتنازعة:

لقيام تنازع القوانين الدولي لا بد من اختلاف الأحكام في القوانين المتنازعة. لأنه إذا كانت الأحكام فيها متشابهة وواحدة، فإن الحكم سيكون واحدا فيما لو أعطى الاختصاص في العلاقات القانونية لأي واحد منها. كما لو تبنت الدول أحكاماً موحدة في الزواج، فيخضع حينئذ زواج كل شخص من هذه الدول لنفس القاعدة، ولا فرق في هذا إن طبق قانون جنسية الزوج أو قانون جنسية الزوجة رغم اختلافهما في الجنسية. ولكن الاختلاف المفروض ينبغي أن لا يبلغ حد التعارض التام في الأسس الجوهرية التي تقوم عليها أنظمة القوانين المتعارضة وإلا يتم إبعاد تطبيق القانون الأجنبي التي تتعارض أحكامه مع أحكام قانون القاضي تعارضاً جوهرياً بالاستناد إلى فكرة النظام العام. فالقوانين المدنية في أوروبا مثلاً رغم أنها توجب الأخذ بقانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن المحاكم الأوروبية لا تستجيب لأردني مسلم مقيم في أوروبا إذا أراد أن يعقد عقد نكاح للمرة الثانية أو الثالثة حسب ما يجيزه قانونه الوطني المستمد من الشريعة الإسلامية، لأن تعدد الزوجات ممنوع ومخالف للنظام العام في قوانين الدول الأوروبية^(٢).

فاختلاف جوهري كهذا يؤدي إلى النفور من القانون الأجنبي وإلى رفض تطبيقه مع كونه واجب التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين، ولهذا رفضت محكمة فرنسية عام ١٩٢٥م تطبيق قرار صادر من الحكومة السوفيتية يتضمن مصادرة سفن إحدى شركات الملاحة الروسية الراسية في ميناء فرنسي بموجب القوانين الاشتراكية التي أصدرتها الحكومة الروسية آنذاك، باعتبار أن هذه القوانين تختلف في أسسها وروحها مع الأنظمة الرأسمالية السائدة في فرنسا التي تقر الملكية الفردية، وحكمت بملكية الشركة لسفنها الراسية في المياه الفرنسية، ولم تأخذ بقواعد تنازع القوانين في القانون الفرنسي القاضي بإعطاء

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٥.

(٢) المرجع السابق - ص ١٦.

الاختصاص للقانون الروسي وفضلت العمل بقانونها الوطني، ولم تسمح بتطبيق القانون الروسي على أساس ان هذا القانون قد ألغى الملكية الفردية وملكها للدولة خلافا لما هو مأخوذ به في فرنسا^(١).

(١) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٦ - والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٠ - ٢٥٢.

الفصل الثاني

أساس تطبيق القانون الأجنبي ومراحل في النزاع المشوب بعنصر أجنبي

المبحث الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي

إذا عرض نزاع ما على القاضي، فمن المنطق والمبادئ العامة فسي القانون أن يطبق عليه قانونه الوطني. لأن ذلك أيسر له باعتبار أن القاضي أدرى بقانونه وأفهم له أكثر من إدراكه وفهمه للقانون الأجنبي، بالإضافة إلى أن تطبيق القانون الأجنبي قد يسبب إضاعة الوقت وخلق مشاكل علمية وقانونية وشكلية وزيادة النفقات بالنسبة لأطراف النزاع. كما أن القانون مبني على أساس السيادة وأن قانون القاضي المرفوع إليه النزاع هو أولى بالتطبيق على جميع العلاقات القانونية داخل الحدود الإقليمية لدولته، وأن تطبيق القانون الأجنبي يعني التخلي ولو بصورة مؤقتة عن سيادة القانون الوطني والسماح لقانون أجنبي بأن يزاحمه ويحل محله. فلماذا إذن يقبل مبدأ تطبيق قانون دولة أخرى في نزاع مشوب بعنصر أجنبي معروض على القاضي الوطني؟ أو بمعنى آخر لماذا يقبل المشرع الوطني تطبيق قانون أجنبي وإحلاله محل قانونه الوطني في نزاع مشوب بعنصر أجنبي في إقليم دولته؟

اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل كما رأينا عند استعراض واستقراء النظريات المختلفة التي قيلت بصدد نشأة تنازع القوانين ومبدأ تطبيق القانون الأجنبي، بحيث ركزت هذه النظريات والآراء على الأسباب التالية لمبدأ تطبيق القانون الأجنبي:

أ- العدالة:

قيل بأن تطبيق القانون الأجنبي في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الإسناد الوطنية يحقق العدالة أكثر من تطبيق قانون القاضي. إذ قد لا تتحقق العدالة بتطبيق قانون القاضي، كما لو أخضعنا تقسيم تركة مسيحي إنكليزي مقيم في الأردن لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها قانون القاضي، بينما تتحقق العدالة في هذه المسألة إذا طبقنا عليها القانون الإنكليزي باعتباره القانون الوطني للمورث. وتحقيق العدالة بأجل معانيها وعلى الوجه الأكمل هو غاية القانون.

ب- الحقوق المكتسبة:

وقيل إن الحق إذا نشأ صحيحاً وفقاً لقانون أجنبي مختص وفيه عنصر أجنبي يجب احترام هذا الحق المكتسب في جميع الدول المتعدية، وإلا فإن الفوضى تسود المعاملات القانونية والعلاقات الدولية، لأن قواعد الإسناد في قانون الدولة التي يراد الاحتجاج بأثار هذا الحق فيها هي التي أشارت إلى تطبيق هذا القانون الأجنبي وأعطته الاختصاص بعدما اعترفت بهذا الحق ولم تعتبره مخالفاً للنظام العام والآداب.

ج- الملاءمة:

الملاءمة تكمل العدالة، لأن محكمة الموضوع تتمسك عادة بالوسائل الأكثر ملاءمة لحل النزاع. فالقانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع هو القانون الأكثر علاقة به، كأن يكون

القانون الأكثر ملاءمة هو قانون الجنسية أو قانون الموطن أو القانون المختار أو قانون محل تنفيذ العلاقة أو قانون محل إبرام العقد^(١).

د- المجاملة:

وقيل ان المشرع الوطني عندما يأمر بتطبيق قانون دولة أجنبية في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي إنما يفعل ذلك للمجاملة الدولية القائمة على أساس المنفعة المتبادلة بين أعضاء الأسرة الدولية.

هـ- العرف:

وقيل إن مبدأ تطبيق القانون الأجنبي في تنازع القوانين يستند إلى عرف دولي راسخ في التعامل بين الدول بالممارسة الطويلة، بدليل أن القوانين المدنية في فرنسا وإيطاليا والدول العربية قد جعلت العرف الدولي مصدرا للقانون الدولي الخاص^(٢).

و- الالتزام الطبيعي:

وقيل إن مبدأ تطبيق القانون الأجنبي التزام طبيعي يخدم مصلحة الأسرة الدولية ولا يجوز نقضه.

ومهما كان وجه الاختلاف في الآراء حول أساس مبدأ تطبيق القانون الأجنبي، فإن الواقع يدل على أن الدول تقر مبدأ تطبيق القانون الأجنبي في قوانينها تحقيقاً للعدالة^(٣).

المبحث الثاني

مراحل تطبيق القانون الأجنبي

إذا عرض نزاع مشوب بعنصر أجنبي على القاضي، يتوجب عليه أن يقوم أولاً بتعيين القانون الواجب تطبيقه عليه بإسناد وإرشاد قواعد التنازع في قانونه الوطني. لأنه لا يستطيع أن يطبق على النزاع قانونه الوطني مباشرة، وقد يكون القانون الواجب تطبيقه في النهاية هو قانونه الوطني أو قانون دولة أجنبية إحالة من القانون المختص. فكيف يتم تعيين القانون المختص وما هي مراحل تطبيقه؟

لا بد من تكييف موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي أولاً من أجل تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها لمعرفة ما إذا كان متعلقاً بمسائل الأحوال الشخصية أو بشكل العلاقة مثلاً، وهذا ما يطلق عليه (التكييف).

وبعد تكييف موضوع العلاقة وتحديد طبيعتها القانونية يتم تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها بإرشاد من قواعد الإسناد الوطنية. ولكن إذا تم تعيين القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية بإشارة من قواعد الإسناد الوطنية، هل تطبق قواعد هذا القانون الموضوعية أم قواعده المتعلقة بالقانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد)؟ . لأنه إذا طبقت قواعده الموضوعية يتم عندئذ حسم النزاع بها مباشرة، أما إذا طبقت قواعد الإسناد فيه، فإن هذه القواعد قد تشير إلى تطبيق قانون آخر، فتحصل عندئذ (الإحالة).

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٢.

(٢) المرجع السابق - ص ٢٥٢.

(٣) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٧.

ولهذا لا بد لنا من شرح (التكليف) و (الإسناد) و (الإحالة) بشيء من الإفاضة قبله
الولوج في شرح نطاق قواعد الإسناد الأردنية وتطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول

التكليف

التكليف هو تحديد الطبيعة القانونية التي يعترف بها القاضي لعلاقة قانونية، أو
لنظام قانوني. إذ يمكن أن تتنازع القوانين على تحديد الوصف القانوني لعمل أو لشيء أو
لعقد معين. فمسألة تنازع الأوصاف محصورة بمعرفة أي وصف يجب على القاضي أن
يطلقه على طبيعة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه^(١).

فلكي يحدد القاضي القانون الواجب تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي
المعروض عليه يجب أن يقوم قبل كل شيء بتكليف طبيعة موضوع هذا النزاع وإعطاء
الوصف القانوني الملائم له تمهيدا لإسناد حكمه إلى القانون الواجب تطبيقه عليه وإدراجه
ضمن الطائفة التي خصها المشرع بقاعدة إسناد. فالتكليف يتوقف على تعيين القانون
المختص الذي يحكم النزاع، لأن المشرع يضع قاعدة إسناد خاصة لكل طائفة من المسائل
القانونية، مثل الأحوال الشخصية، وشكل التصرف القانوني في العقود، والوصية، ونوع
المال... إلخ.

فإذا أراد القاضي تطبيق قواعد الإسناد في قانونه الوطني واستخدامها في تعيين
القانون المختص، يتعين عليه أن يعرف أولا ما إذا كانت العلاقة القانونية المختلف بشأنها
هي من مسائل الأحوال الشخصية أو مما يتصل بشكل التصرف القانوني أو بالميراث أو
بالأموال المنقولة أو غير المنقولة. فإذا ثبت له مثلا أن هذا النزاع متعلق بشكل التصرف
القانوني يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيه لقانون بلد إبرامه. وإذا اتضح له أن
النزاع متعلق بالأهلية يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيها لقانون الجنسية. وإذا
ثبت له أن النزاع متعلق بالعقار يجد أن قاعدة الإسناد تعطي الاختصاص فيه لقانون موقع
العقار... إلخ. فمثلا تنص قاعدة الإسناد الأردنية في المادة (١/١٢) من القانون المدني
الأردني على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون
إليها بجنسيتهم...).

فإذا عرض نزاع مشوب بعنصر أجنبي على محكمة أردنية تقوم المحكمة بتكليف
موضوعه وتحديد طبيعته القانونية أولا من أجل الاهتداء إلى القانون الواجب تطبيقه عليه.
فإذا تبين للقاضي بعد التكليف أن هذا النزاع متعلق بالأهلية أو بالحالة المدنية للشخص
يرجع إلى قواعد الإسناد في القانون المدني ويجد أن المادة (١/١٢) المذكورة تعطي
الاختصاص فيها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. فالتكليف عملية
ضرورية لتفسير العلاقة القانونية وتحديد وصف وطبيعة موضوعها للاهتداء إلى القانون
الواجب تطبيقه عليها.

والتكليف يختلف من بلد لآخر لعدم وجود أساس موحد في جميع الدول لتحديد وصف
وطبيعة العلاقات القانونية، ولأن المشرع الوطني يستأثر بوضع قواعده بحرية تامة، مما يخلق
نوعا جديدا من التنازع يتعلق بالوصف.

(١) انظر الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٤٧.

ولذلك إذا افترضنا ان قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه وقاعدة خضوع الأهلية اللازمة لإجراء هذا التصرف لقانون الجنسية واحدة في قوانين جميع الدول، يمكن والحالة هذه تأمين وحدة القانون المختص، ولكن المسألة في التكيف ليست ببيان إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد تحريرها وبيان إخضاع الأهلية اللازمة له لقانون الجنسية، وإنما المسألة هي تحديد المقصود من الشكل والأهلية وطبيعتهما القانونية ووصفهما. لأن ما يدخل في مفهوم الشكل في قانون دولة معينة قد تعتبر من الأهلية في قانون دولة أخرى^(١).

فمثلا يمنع القانون المدني الهولندي كل هولندي من عمل وصية عرفية غير رسمية في الداخل والخارج، ويعتبر هذا المنع متعلقا بالأهلية اللازمة لعمل الوصية لا بالشكل اللازم لها، بينما القانون الفرنسي يعتبر هذا المنع متعلقا بالشكل لا بالأهلية. فرغم تشابه القانون الفرنسي والقانون الهولندي في مبدأ إخضاع شكل العقد لقانون بلد تحريره وإخضاع أهلية أطرافه لقانون جنسيتهم، فقد ظهر التنازع والخلاف بينهما في تكيف قضية لا تخرج في موضوعها عن أحد هذين الموضوعين: (الأهلية وشكل التصرف). وتتلخص تلك القضية بما يلي:

في ٤ من شهر آب سنة ١٨٥٧م حرر هولندي مقيم في فرنسا وصية عرفية مكتوبة ومؤرخة وموقعة بخط يده. وكان شكل التصرف القانوني في قواعد الإسناد الهولندية والفرنسية يخضع لقانون بلد إبرامه، والأهلية اللازمة لإجرائه لقانون جنسية المتعاقدين. ولكن القانون الفرنسي كان يعتبر الكيفية التي تعمل بها الوصية من الشكل الخارجي لها ويخضعها لقانون بلد تحريرها وبالتالي يعترف بالوصية العرفية إذا كانت مكتوبة ومؤرخة وموقعة بخط يد الموصي، بينما المادة (٩٩٢) من القانون المدني الهولندي كانت تمنع كل هولندي من عمل وصية عرفية غير موثقة رسمياً، سواء أكان ذلك داخل أو خارج هولندا، وتعتبر هذا المنع متعلقاً بالأهلية اللازمة لعمل الوصية وليس من الشكل وتخضعه لقانون جنسية الموصي وتعتبر الوصية العرفية باطلة ما لم يتم توثيقها رسمياً. وعندما نازع في صحة هذه الوصية ورثة الموصي من الهولنديين أمام القضاء الفرنسي طعنوا في صحتها وطالبوا بإبطالها لعدم توافر أهلية القيام بها في الموصي استناداً إلى المادة (٩٩٢) من القانون المدني الهولندي لعام ١٨٢٩م التي تشير قواعد الإسناد الفرنسية إلى وجوب تطبيقها باعتبارها قانون الدولة التي ينتسب إليها الموصي بجنسيته. حيث أن النص المذكور لا يعترف بالوصية العرفية ويحد من أهلية الهولندي أينما كان في عملها، ويعتبر كيفية عمل الوصية من الأهلية وليست من الشكل.

وهنا كان على المحكمة الفرنسية التي تنظر في النزاع المعروض عليها أن تقوم بتكيف العلاقة موضوع النزاع لتحديد طبيعتها القانونية حتى تعين في ضوء ذلك القانون الواجب تطبيقه عليه، ووجدت أنها إذا كيفت مسألة منع عمل الوصية العرفية بأنها متعلقة بالأهلية اللازمة لعمل الوصية يتوجب عليها عندئذ تطبيق قانون جنسية الموصي، وهو

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٥ والدكتور مصطفى كامل ياسين -

المرجع السابق ص ١١ و Prof. Dr. Osman Berki. 72.

القانون الهولندي عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص في الأهلية اللازمة لعمل الوصية لقانون الجنسية، وتعتبر الوصية بموجبه باطلة.

أما إذا كيفت مسألة هذا المنع بأنها متعلقة بالشكل الخارجي للوصية، فيتعين عليها حينذاك إخضاعها لقانون مكان عمل الوصية، وهو القانون الفرنسي عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص في شكل التصرف القانوني لقانون محل إبرامه، وتعتبر الوصية صحيحة بموجبه. ولذلك كيفتها المحكمة بأنها متعلقة بالشكل وحكمت بإخضاع الوصية للقانون الفرنسي وبصحتها عملا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص في شكل التصرف القانوني لقانون بلد تحريره، باعتبار أن الوصية قد نظمت في فرنسا. في حين أن هذا النزاع لو كان قد عرض على محكمة هولندية لقضت ببطالان الوصية تأسيسا على أن المنع الذي جاء به القانون الهولندي في عمل وصية بالشكل العرفي أمر متعلق بالأهلية ويراد به حماية الموصي، وأن الأهلية تخضع لقانون الجنسية بموجب قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي والقانون الهولندي.

وهكذا رغم تشابه قواعد الإسناد في قانون هاتين الدولتين، فقد اختلف الحكم في النزاع لاختلاف وصف العلاقة.

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن منع إجراء الوصية العرفية الوارد في القانون الإنكليزي يعتبر متعلقا بالشكل لا بالأهلية، وعليه تصح وصية إنكليزي يعملها في فرنسا بخط يده.

وقضت أيضا بأن ما يقضي به القانون النمساوي من ضرورة حضور الزوجين أمام الرجل الديني عند الطلاق يعتبر مسألة متعلقة بالشكل لا بالموضوع.

وقضت أيضا بأن ما يقضي به القانون الكندي من أن الطلاق لا يتم إلا بتصريح من البرلمان مسألة متعلقة بالإجراءات لا بالموضوع^(١).

وهناك قضية أخرى وقعت عام ١٩٠٨ م. بين إنكلترا وفرنسا وتتخلص وقائعها بما يلي: تزوج فرنسي الجنسية عمره (١٩) سنة متوطن في إنكلترا اسمه (أوكادن) من امرأة إنكليزية دون حصوله على رضا الوالدين مخالفا بذلك نص المادة (١٤٨) من القانون المدني الفرنسي التي تمنع الولد من الزواج بدون حصوله على رضا الوالدين إذا لم يكن بالغاً (٢٥) سنة من عمره.

وعند عودته إلى فرنسا طلب من محكمة فرنسية إبطال عقد زواجه بحجة عدم حصوله على رضا الوالدين، وتزوج ثانية في فرنسا بعد حصوله على قرار من المحكمة الفرنسية في صالحه. كما تزوجت زوجته السابقة الإنكليزية في إنكلترا من إنكليزي. ولما علم زوج الإنكليزية بأن زوجته كانت متزوجة من فرنسي رفع دعوى إبطال زواجه أمام محكمة إنكليزية بسبب أن زوجته لا تزال على ذمة الزوج الفرنسي الذي تزوج بـزوجة ثانية خلافا لمنع تعدد الزوجات في القانون الإنكليزي، فقضت المحكمة الإنكليزية ببطالان الزواج الثاني للزوجة الإنكليزية من الإنكليزي وبقائها على ذمة وعصمة زوجها الفرنسي. منعا من تعدد الأزواج. لأن القانون الفرنسي وإن كان يعتبر رضا الوالدين من الأمور الجوهرية أو

(١) لتفاصيل هذه القرارات راجع الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٩.

الشروط الموضوعية لزواج الولد الذي لم يبلغ ٢٥ سنة من عمره، ويخضع ذلك لقانون الجنسية، إلا أن هذا الشرط يعتبر في القانون الإنكليزي من الأمور المتممة للشكلية ويخضع لقانون مكان انعقاد الزواج وهو القانون البريطاني. فالقانون الفرنسي يكيف المسألة بأنها متعلقة بالأهلية والقانون الإنكليزي يكيفها بأنها متعلقة بالشكلية^(١).

وهناك قضية أخرى تعرف بقضية (زواج المالطي) التي تتلخص وقائعها بما يلي: رجل وامرأة من أهالي مالطا تزوجا في موطنهما المشترك بمالطا ثم حصلا عام ١٨٩١م على موطن مشترك لهما في الجزائر عندما كانت تحت الاستعمار الفرنسي واشترى الزوج عقارا فيها ثم توفي وطالبت الزوجة بحقوقها في ربع العقار تطبيقا للقانون المالطي الذي كان يقر هذا الحق لها باسم (ربع الزوج الفقير) في الإرث^(٢).

وهنا كان لا بد من تكليف وصف طلب الزوجة في العقار من أجل تعيين القانون الواجب تطبيقه عليه، من حيث هل يعتبر حقا في الميراث غير المنقول ويسري عليه عندئذ قانون موقع العقار وهو القانون الفرنسي الذي تقرر قواعده عدم حق الزوجة في ربع عقار زوجها في مثل هذه الحالة ورد طلبها. لأن القانون المختص لا يقره، أم أنه يعتبر من النظام المالي للزوجين ويسري عليه القانون المختار المتمثل في قانون (موطن الزوجية)، وهو بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية - التي تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين للقانون المختار - القانون المالطي الذي يعتبر قانونا لموطن الزوجية، لأنه المكان المختار لإبرام عقد الزواج، ويعطي الحق في ربع العقار للزوجة؟.

وبنتيجة التكليف الذي قامت به المحكمة لطلب الزوجة حددت طبيعة هذا الطلب بأنه متعلق بالميراث غير المنقول وقررت تطبيق قانون موقع العقار عليه، وهو القانون الفرنسي وحرمت الزوجة بموجبه من حقوقها في ربع العقار. في حين لو كان النزاع ذاته قد عرض على محكمة مالطية لاعتبرته متعلقا بالنظام المالي للزوجين وطبقت عليه القانون المختار، وهو قانون موطن الزوجية. أي القانون المالطي الذي كان يقر الحق للزوجة في ربع العقار^(٣).

وهناك قضية أخرى وقعت بين إنكلترا وإسبانيا تتلخص وقائعها بما يلي: في بعض التشريعات يحق للدولة أن تدعي الحق في تركة من لا وارث له وتضع يدها عليها بصفتها صاحبة السيادة، والمال بلا مالك، كما في القانون الإنكليزي والفرنسي والشرعية الإسلامية. بينما في قوانين دول أخرى تؤول تركة من لا وارث له إلى الدولة لا بصفتها صاحبة السيادة، بل بوصفها وارثا لمن لا وارث له، كما في القانون الألماني والإسباني والسويسري والتركي والمكسيكي. ففي الحالة الأولى يحل أي تنازع متولد عن هذه المسألة وفقا لقانون موقع المال، بينما في الحالة الثانية يحل وفقا للقانون الذي يدير التركة.

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٥٨.

(٢) هذه التسمية تطلق في مالطا على أقل نصيب يصيب الوارثين، أي فضل كل شيء أو الشيء القليل جدا.

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٨ والدكتور أمون نعيم - المرجع السابق - ص ٤٨ والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٦ والدكتور جابر السراوي - المرجع السابق - ص ٣٣.

ففي قضية (تركة مالدونادو) التي وقعت عام ١٩٥٤م بين إنكلترا وإسبانيا كان سببها هذا النوع من الاختلاف. إذ توفي (مالدونادو) وهو إنكليزي الجنسية ومتوطن في إسبانيا عن تركة دون وارث أو وصية، وكانت التركة عبارة عن مبلغ من النقود في البنوك الإنكليزية وكان القانون الإسباني يقر حق الحكومة الإسبانية في التركة بوصفها وارثاً لمن لا وارث له، بينما كان القانون الإنكليزي يشترط في الوارث أن يكون قريباً للمتوفى وإلا فإن للحكومة وضع يدها على التركة بوصفها صاحبة السيادة. فكيفت محكمة الموضوع الإسبانية المرفوع إليها النزاع المسألة بأنها متعلقة بالإرث ويجب أن تؤول إلى الحكومة الإسبانية بوصفها وارثاً لمن لا وارث له، بينما كان تكييفها وفقاً للقانون الإنكليزي يؤدي إلى أن يعتبر أموالاً لا مالك لها ومن حق الحكومة الإنكليزية وضع يدها عليها بوصفها صاحبة السيادة^(١).

وهناك عدة مجالات أخرى تؤدي إلى التنازع في التكييف غير التي ذكرناها ضمن الأمثلة السابقة نذكر منها ما يلي:

- أ- في قوانين بعض الدول كيف التقادم بمرور الزمان بمسألة أصولية تخضع لقانون القاضي (Lex fori)، كما في القانون الأمريكي، بينما في قوانين دول أخرى كيف بمسألة موضوعية جوهرية تخضع للقانون الذي يحكم أساس وجوهر النزاع، كما في قوانين بعض الدول الأوروبية.
- ب- موضوع دعوى إثبات نسب المولود من زواج غير شرعي كيف في قوانين بعض الدول على أساس الفعل غير المشروع ويخضع لقانون محل وقوع الفعل غير المشروع، بينما في قوانين دول أخرى كيف بالحقوق العائلية ويخضع للقانون الشخصي.
- ج- تكييف إجراءات الزواج الديني في قوانين بعض الدول بمسألة موضوعية تخضع لقانون الجنسية، كما في القانون اليوناني، بينما تكييف في قوانين دول أخرى بالشكليات وتخضع لقانون مكان إبرام عقد الزواج.
- د- كيف التعويض المتولد من فسخ الخطبة في قوانين بعض الدول على أساس المسؤولية التقصيرية وتخضع لقانون مكان وقوع الفعل الضار، كما في فرنسا، بينما في قوانين دول أخرى كيف بالحقوق العائلية وتخضع للقانون الشخصي.
- هـ- إن المال الذي كيف بالمنقول في قانون دولة معينة، قد يكيف بغير منقول في قوانين دول أخرى، كالعقار بالتخصيص الذي هو مال منقول بطبيعته، إلا أن القانون يعده عقاراً بالتخصيص إذا وضعه مالكه رسداً لخدمة عقار مملوك له واستغلاله، مثل آلات الحراثة ومكائن سقي الأراضي الزراعية، أو كالمنقولات بحسب المال التي هي عقارات بطبيعتها ولكنها تعتبر من المنقولات بحسب المال قانوناً وتطبق عليها أحكام المنقولات لأنها مرشحة للفصل عن الأرض بعد زمن قليل وتحولها إلى منقول، كالمباني إذا بيعت مستحقة للهدم والأشجار المغروسة إذا بيعت مستحقة للقلع^(٢). أو

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 73 والدكتور مدوح عبد الكريم - المرجع السابق - ص ٢٦٠.

(٢) هذا ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية - دائرة الأحوال الشخصية للأجانب عام ١٩٥١م من أن حق حضنة الولد يدخل ضمن نظام الولاية.

كأسهم بنك فرنسا التي يعتبرها القانون الفرنسي أموالاً غير منقولة إذا رفع نزاع يطلب فيه تحديد طبيعتها مع أنها في الحقيقة والواقع تعتبر أموالاً منقولة في قوانين الدول الأخرى.

و- في قوانين بعض الدول تكيف الحضانة بأثر من آثار الزواج وتخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج، بينما في قوانين دول أخرى تكيف بأثر الطلاق ويسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى، وفي قوانين دول أخرى تكيف بالولاية على النفس وتخضع لقانون من تجب حمايته، أي قانون جنسية المحضون^(١).

القانون الذي يحكم التكيف:

التكيف ينقل القاعدة القانونية من المجرد إلى الواقع ومن الحالية النظرية إلى الواقعية بتحديد طبيعة العلاقة القانونية التي يراد تعيين القانون الواجب تطبيقه عليها وحل نزاعها. فالتكيف إذن أمر ضروري وأولي لحل تنازع القوانين، لأن تعيين القانون الذي يحكم النزاع يتوقف على تحديد وصف وطبيعة العلاقة وإدخالها ضمن وصف قانوني معين. ولهذا نتساءل: وفقاً لأي قانون يجب أن يتم التكيف؟

للإجابة على ذلك نقول: إن التكيف من مسائل القانون الدولي الخاص الأكثر إثارة لنظريات ومناقشات حادة وطويلة حول القانون الذي يحكمه كالآتي:

أولاً- نظرية القانون المقارن:

تذهب هذه النظرية التي من أنصارها (رابسل Rabel) إلى إخضاع اختلاف الأوصاف في التكيف للأفكار العالمية في القانون المقارن. أي للأفكار المجردة السائدة في قوانين دول العالم المتمدين على أساس أن تنازع القوانين يتصف بالدولية مما يجب إضفاء صفة عالمية عليه باستخلاص مفهومه المطلق عن طريق الدراسة المقارنة لقوانين وفقه وقضاء الدول المتمدينة بما يتفق وحاجة المعاملات الدولية والوصول إلى الحكم السليم العادل دون التقيّد بقانون دولة معينة بالذات. فإذا كان قانون قاضي الموضوع لا يعرف نظام تعدد الزوجات مثلاً، يجب أن لا يتردد في موضوع نزاع معروض عليه متعلق بتعدد الزوجات نوعاً من الزواج في المفهوم العالمي الثابت في قوانين بعض الدول.

ورغم أن هذه النظرية تؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية وتضفي على قواعد الإسناد المعنى العالمي وتذلل الصعوبات التي تجابه قاضي الموضوع في تكيف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني غير معروف في قانونه الوطني - (كتعدد الزوجات، والأوقاف، والمهر) بالنسبة لقوانين الدول الأوروبية، و (التبني) بالنسبة لقوانين الدول الإسلامية - وتستهدف الوصول إلى الحكم الأمثل والأكثر عموماً، إلا أن تطبيقه صعب عملياً. لأن قواعد القانون المقارن لم تتبلور بعد ولم يتم توحيد أوصاف العلاقات القانونية فيها، ويحتاج ذلك إلى دراسات وبحوث كثيرة ومستويات عالية^(٢).

(١) للمزيد من المعلومات بهذا الصدد راجع مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٥٢.

ثانياً - نظرية قانون القاضي (Lex Fori):

تذهب هذه النظرية إلى إخضاع التكييف لقانون القاضي للمعروض عليه النزاع المشوب بعنصر أجنبي، على أساس أن التكييف تفسير لقاعدة التنازع الواردة في قانون القاضي من أجل تحديد وصف العلاقة القانونية موضوع النزاع وتعيين القانون الواجب تطبيقه عليها.

وقد ساق هذه النظرية أول الأمر الفقيه الألماني (Kahn) عام ١٨٩١م ثم تبعه الفقيه الفرنسي (Bartin) وأقره اتفاق لاهاي سنة ١٩٢٥م، وأخذت به قوانين دول متعددة^(١).

وبرر (بارتان) رأيه على أساس فكرة السيادة من حيث أن المشرع الوطني في كل دولة عندما يضع قواعد الإسناد في قانونه الوطني، ينظم ويضبط بها حدود سلطان قانون دولته. وعندما يسمح بتطبيق قانون أجنبي في إقليم دولته في بعض المسائل يجتري من السيادة الإقليمية للقانون الوطني ويصبح تحديد طبيعة هذه المسائل بمثابة بيان للحالات والحدود التي سمح فيها بالحد من سيادة قانون دولته من أجل إفراح المجال لتطبيق قانون أجنبي، فيعتبر تحديد طبيعة هذه المسائل تحديداً لنطاق قاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي تحديداً للسيادة ويخضع للقواعد الأمرة الإقليمية في قانون القاضي. فالقانون الأجنبي عندما يعطى له الاختصاص إشارة من قاعدة الإسناد الوطنية يعد بمثابة نصوص أقرها المشرع الوطني نفسه وحدد نطاق تطبيقها في حدود نطاق التنازل الذي قدمه له ليتمكن تطبيقه بدلاً من قانونه الوطني ومثل هذا الإبدال يجب تقييده وحصره بالظروف التي يراها هو لا غيره وعدم التوسع في حدود هذا التنازل والتقييد بذلك المقدار من التسامح الذي أجازته^(٢)، لأنه لا يمكن للقاضي أن يخرج على أوامر مشرعه الوطني ويعطي التكييف لقانون آخر، وهو إن لجأ إلى ذلك يكون قد خرج على اختصاص قانون دولته^(٣). خاصة أن التكييف منم لقاعدة الإسناد مما يجب إخضاعهما لقانون واحد. ولكن النظرية تستثني من هذه القاعدة ما يلي:

أ- تكييف المال لغرض تصنيفه إلى عقار ومنقول، حيث يجب إخضاعه لقانون موقع المال وقت إنشاء العلاقة القانونية (Lex rei Sitae) لا لقانون القاضي، وذلك حرصاً على تأمين الاستقرار في المعاملات المتعلقة بالأموال والمحافظة على الثروة الوطنية، وهذه أمور متعلقة بالنظام العام. وقد انتقد هذا الاستثناء على أساس أنه يؤدي إلى عدم تطبيق قاعدة الإسناد الواردة في قانون القاضي تطبيقاً سليماً، خاصة أن قاعدة الإسناد بالنسبة للمال ليست واحدة دائماً. فمثلاً يخضع الميراث غير المنقول للقانون موقعه، بينما يخضع الميراث المنقول لقانون المتوفى. كما أن المال ينقسم إلى منقول وغير منقول بحسب طبيعته أو بمقتضى نص قانوني. فالمال الذي يعتبر منقولاً في

(١) ومن هذه القوانين، القانون المدني الأردني (م ١١) والمصري (م ١٧) والمصري الليبي (م ١٠) والمصري السوري (م ١١) وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية (م ٨٤) والمصري المجري (م ١٤) وقانون بوسنامتي (م ٧) والمصري البولوني لعام ١٩٢٥م والمصري اليوناني لعام ١٩٤٠م والمصري الإيطالي لعام ١٩٢٤م، وكذلك يأخذ به القضاء والفقه في تركيا وسويسرا رغم سكوت قانونهما عن نص صريح بذلك على أساس أن التكييف عبارة عن تفسير لقاعدة التنازع والتفسير يخضع لقانون القاضي.

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله - المرجع السابق - ص ١١٨ و Prof. Dr. Osman Berki, sf. 76.

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٥٦.

قانون دولة معينة، قد يعتبر غير منقول في قانون دولة أخرى، كأسهم بنك فرنسا التي هي أموال منقولة بحسب قابليتها للحركة والانتقال من مكان إلى آخر دون تلف، بينما يعتبرها القانون الفرنسي بنص صريح أموالا غير منقولة^(١).

ب- إذا استحال تكييف العلاقة موضوع النزاع بمقتضى قانون القاضي ماديا، لجهله بها، يجب على القاضي عدم تكييفه وفقا لقانونه الوطني، بل بموجب نفس القانون الأجنبي الذي ورد فيه هذا النظام القانوني مثل (المهر وتعدد الزوجات والوقف) بالنسبة للتشريعات العربية و (التبني) بالنسبة لتشريعات الدول الإسلامية. ولكن بعض الشراح عارضوا ذلك واقترحوا ضرورة تكييف مثل هذه القضايا في ضوء النظم القانونية الأكثر تشابها لقانون القاضي^(٢).

ج- إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة نافذة في دولة القاضي يقضي بإخضاع التكييف في مسائل معينة لقانون آخر غير القانون الوطني، مثلما نصت على ذلك المادة (٢٤) من القانون المدني الأردني، أو كاتفاقية الشروط العامة لتسليم البضائع التي عقدت بين الاتحاد السوفياتي والدول الشيوعية (قبل التجزئة) ونصت على قواعد موضوعية تطبق مباشرة على المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي في النقل الجوي والبحري.

وقد انتقدت نظرية قانون القاضي أيضا وقيل بأن هدفها هو حل التنازع بين السادات التشريعية، بينما الهدف من قواعد الإسناد هو تقرير العدالة بإعطاء الاختصاص في حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى القانون الأنسب.

ثالثا- نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص (Lex Causaet):

وتذهب هذه النظرية التي من أنصارها (Despagnet) إلى إعطاء الاختصاص في التكييف للقانون الذي سيحكم موضوع النزاع. أي إلى القانون الذي يقرر تطبيقه على العلاقة القانونية موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي. لأن لكل تشريع أسسه الخاصة بالتكييف. فالقانون المختص الذي يقرر تطبيقه في النزاع يحوز الأوصاف اللازمة لتحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع، مما يجب إعطاء الاختصاص الكامل له في تكييف وحل النزاع دون التفرقة بين قواعده الموضوعية وقواعده المتعلقة بالتكييف^(٣).

وقد انتقدت هذه النظرية من الناحية العملية على أساس عدم إمكان معرفة القانون المختص إلا بعد التكييف. أي بعد تحديد وصف الطبيعة القانونية للعلاقة في النزاع المعروض، فكيف يحكم القانون المختص التكييف ما دام هذا القانون لم يتم تعيينه بعد؟.

(١) المرجع السابق - ص ٦٠.

(٢) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق ص ٢٦٣.

(٣) انظر،

Despagnet, les conflits de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques
clunet, 1898, sf. 253. prof. Dr. Osman Berkî. sf. 76 نقل من

فالقول بتطبيق القانون المختص على التكييف يعتبر كلاماً من قبيل التنبؤ السابق لأوانه ويصطدم بالاستحالة العملية وبالحدود التي رسمها المشرع الوطني للسماح بتطبيق قانون أجنبي في إقليم دولته. لأن افتراض النتيجة (تطبيق القانون المختص) قبل معرفة السبب (التكييف) من شأنه إيجاد حلقة مفرغة يتعذر الخروج منها ما دام التكييف يعتبر مرحلة أولية وضرورية للكشف عن القانون الواجب تطبيقه. فلا يمكن معرفة هذا القانون إلا عندما يتقرر اختصاصه في النزاع بعد التكييف. ومع ذلك فقد اتجه القضاء في بعض الدول إلى الأخذ بهذه النظرية، كقرار محكمة التمييز التركية رقم ٢٧٩٨ الصادر في ٢٤ مايس سنة ١٩٤٥، في قضية وقعت بين تركيا واليونان^(١).

التكييف في القانون الأردني:

كانت المحاكم الأردنية تخضع التكييف لقانون القاضي كقاعدة عامة وتخضع تكييف المال لقانون موقعه استثناء إلى يوم نفاذ القانون المدني في ١٩٧٧/١/١ الذي نصت المادة (١١) منه على أن: (القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

^(١) وتتلخص وقائع هذه القضية بما يلي:

توفي يوناني الجنسية في اسطنبول بلا وارث فوضعت الحكومة التركية يدها على تركته المنقولة وغير المنقولة وطلبت من المحكمة المختصة الحكم بأبوابها للخزينة التركية، فقررت المحكمة رد الطلب لعدم اختصاصها في النزاع وفقاً لمعاهدة لوزان. فميزت دائرة الخزينة القرار وحكمت محكمة التمييز بأن تركته المتوفى التي طالبت بها الخزينة تحتوي على أموال غير منقولة يجب انتقالها إلى الدولة بوصفها وارثاً لمن لا وارث له، وأموال منقولة يجب أبوابها إلى الحكومة اليونانية، دون أن تدقق مسألة "هل أن القانون المدني اليوناني يقرر انتقالها إلى خزينة الدولة اليونانية بوصفها وارثاً لمن يتوفى من وطنيها بلا وارث، أو لأن الأموال تعتبر بلا مالك". فإذا كانت هذه الأموال تنتقل إلى الحكومة اليونانية بوصفها وارثاً، يعتبر رد المحكمة لطلب دائرة خزينة الحكومة التركية موافقاً للقانون. ولو كان العكس يكون قبول الطلب هو الموافق للقانون، وبناء عليه فإن قرار المحكمة المذكور يعتبر مخالفاً للقانون.

فمحكمة التمييز التركية ذهبت في قرارها هذا إلى ضرورة تكييف المسألة وفق القانون الواجب تطبيقه قبل تحديد هذا القانون وانتقدت قرار المحكمة بخصوص رد طلب دائرة الخزينة التركية لعدم اختصاصها في الدعوى استناداً إلى الاتفاقية العدلية للإقامة والصلاحيات المرتبطة بمعاهدة لوزان المعقودة عام ١٩٢٣، لأن مفعول هذه الاتفاقية قد انتهى منذ عام ١٩٣٠ فلا يصح الاستناد إلى اتفاقية منتهية، ونهت محكمة الموضوع إلى ضرورة حل النزاع وفق القانون الذي يحكم الميراث، أي وفق القانون الشخصي للمتوفى وهو القانون اليوناني إشارة من قاعدة الإسناد التركية، ولذلك استوجبت تكييف المسألة وفقاً للقانون اليوناني المختص، وبينت بأنه إذا تبين بعد التكييف وفقاً للقانون المختص (اليوناني) بأن الحكومة اليونانية قد وضعت يدها على الأموال المنقولة للمتوفى بوصفها صاحبة السيادة، فإن سيادتها لا تسري في الإقليم التركي ويجب أبواب هذه الأموال الموجودة في تركيا إلى الخزينة التركية. أما إذا تبين أن الحكومة اليونانية قد وضعت يدها على الأموال المنقولة للمتوفى بوصفها وارثاً لمن لا وارث له من مواطنيها، فيجب أن تؤول هذه الأموال إلى خزينة الدولة اليونانية.

ومما يلاحظ أن محكمة التمييز التركية قد طلبت في قرارها من محكمة الموضوع تكييف المسألة وفقاً للقانون الواجب تطبيقه على العلاقة موضوع النزاع مباشرة، وهو القانون اليوناني. (انظر

Mustafa Rasit Belgesay, Devletler Hususi Hukukunda Adliye. Istanbul 1937 sf. 67,
prf. Dr. Sakir Berki, Tatbiki Devletler Hususi Hukuku. Ankara, 1959 Sf. 40 Ve
Prof Dr. Osman Berki, sf. 78)

وبهذا النص أورد المشرع الأردني قاعدة عامة أخضع فيها التكييف للقانون الأردني بوصفه قانوناً للقاضي عندما يطلب منه تحديد طبيعة الروابط القانونية في نزاع مشوب بعنصر أجنبي معروض عليه لإدخاله في طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية الخاصة بشكل التصرف أو بحالة الأشخاص أو بالميراث أو بالوصية أو بموقع المال... إلخ.

ويقصد بالقانون الأردني هنا جملة القواعد القانونية المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية، سواء أكانت متعلقة بالأشخاص أم بالأموال وأيا كان مصدرها، التشريع أو أحكام الفقه الإسلامي أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف. والمشرع الأردني لم يورد استثناء على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الأردني فيما يتعلق بوصف الشيء وتحديد ما إذا كان يعتبر عقاراً أو منقولاً، وإخضاع ذلك لقانون موقع الشيء خلافًا للمشرع العراقي^(١)، بغية ترك هذه المسألة للاجتهاد، ولأن إعطاء الاختصاص في وصف الشيء وتحديد ما إذا كان منقولاً أو عقاراً لقانون موقع الشيء أصبح من المبادئ الثابتة، وما شاع وانتشر دولياً يعمل به حتى في حالة عدم وجود نص تطبيقاً للمادة (٢٥) من القانون المدني^(٢)، وإنما جاء باستثناء واحد على القاعدة التي تعطي الاختصاص في التكييف للقانون الأردني، وهو حالة وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة يقضي بإخراج التكييف من اختصاص القانون الأردني. إذ على القاضي الأردني في هذه الحالة الالتزام بالمضمون الذي تقرره المعاهدة أو القانون الخاص تطبيقاً للمادة (٢٤) من القانون المدني التي تنص على أن: (لا يسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها). وذلك لأن نص المادة (١١) هو من بين أحكام المواد السابقة المشار إليها في المادة (٢٤) بخصوص التكييف.

وبانتهاء تحديد وصف العلاقة القانونية موضوع النزاع تنتهي مهمة قاضي الموضوع في التكييف. أي تنتهي مرحلة التكييف لتبدأ مرحلة الإسناد، لأن تطبيق القانون الأردني بوصفه قانوناً للقاضي في التكييف وفقاً للمادة (١١) الأنف الذكر لا يشمل إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المعروض فقط^(٣)، ومن ثم يذهب القاضي إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني لترشده إلى القانون الواجب تطبيقه على النزاع من بين القوانين المتنازعة على حكمه، وبالتالي يسند حكم النزاع إلى واحد من هذه القوانين، وبذلك تنتهي مرحلة الإسناد أيضاً لتبدأ مرحلة الإحالة.

فقواعد التنازع قواعد إسناد وإحالة تقتصر وظيفتها على تحديد وصف العلاقة القانونية وإرشاد المحكمة إلى القانون الواجب تطبيقه عليها فقط ولا تمس موضوع النزاع ولا تنتهي فيما هي الإحالة؟.

(١) تنص المادة (٢/١٧) من القانون المدني العراقي على أن: (ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها الشيء).

(٢) تنص المادة (٢٥) المشار إليها على أن: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة في أحوال تنازع القوانين).

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية لمواد القانون المدني الأردني، ج ١، ص ٤٢.

المطلب الثاني الإحالة (Renvoi)

إذا انتهى القاضي من عملية التكييف وعين بإشارة من قاعدة الإسناد فلي قانونه الوطني القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المشبوبة بعنصر أجنبي المعروضة عليه، لا ينتهي الأمر، بل تثار مشكلة أخرى، وهي أن القانون الأجنبي الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي تحتوي على أحكام داخلية موضوعية تحسم النزاع مباشرة لو طبقت، وأحكام أخرى متعلقة بالقانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد) قد تحيل حل النزاع إلى قانون آخر لو طبقت. فاية واحدة منهما ستطبق؟ هل تطبق أحكامه الداخلية الموضوعية وعندئذ يحسم النزاع بها؟ أو تطبق منه أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، وعندئذ قد لا تقبل هذه الأحكام الاختصاص في النزاع لقانون دولتها، بل تحيله إلى قانون آخر قد يكون هو قانون القاضي نفسه أو قانون دولة أخرى. فهذه المشكلة تدفعنا إلى بحث (الإحالة) في القانون الدولي الخاص التي أصبحت من أهم موضوعاته منذ عام ١٨٧٥م وأثارت مناقشات طويلة بين فقهاء القانون الذين انقسموا إلى خصوم وأنصار، وبيان موقف القانون والقضاء والفقهاء في الأردن والدول الأخرى منها.

التعريف بالإحالة:

تتولد الإحالة من اختلاف قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للدول المختلفة. فإذا أشارت قواعد الإسناد في قانون قاضي الموضوع إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع المشوب بعنصر أجنبي هل تطبق منه أحكامه الداخلية، أم أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين (قواعد الإسناد)، أم تطبقان معا كوحدة لا تتجزأ؟

فإذا طبقت أحكامه الداخلية يتم حسم النزاع بها وتعتبر الإحالة مرفوضة في هذه الحالة. أما إذا طبقت أحكامه المتعلقة بتنازع القوانين، فهذا يعني قبول الإحالة وتغير نتيجة الفصل في النزاع تبعا لاحتمال تغير القانون الواجب تطبيقه. إذ قد تحيل قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه حل النزاع إلى قانون آخر هو قانون القاضي أو قانون دولة أخرى غير دولة القاضي. ولنوضح ذلك بالمثال التالي:

تخضع مسائل الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الإنكليزية لقانون الموطن وفي قواعد الإسناد الأردنية لقانون الجنسية. فإذا رفع نزاع متعلق بزواج إنكليزي متوطن في الأردن إلى محكمة أردنية، تسند المحكمة حكم النزاع إلى القانون الإنكليزي إشارة من قواعد الإسناد الأردنية باعتباره القانون الشخصي لهذا الإنكليزي ويأتي القاضي الأردني بالقانون الإنكليزي ليطبقه على النزاع باعتباره القانون المختص. فإذا طبق القاضي الأردني الأحكام الداخلية منه يحسم بها النزاع ويصدر قراره بموجبها. أما إذا طبق منه قواعد الإسناد، فإنها قد تحيل حل النزاع من جديد إلى القانون الأردني باعتباره قانون موطن هذا الإنكليزي، وبذلك تتولد الإحالة في النزاع بسبب اختلاف قواعد الإسناد في القانونين الإنكليزي والأردني. فالإحالة إذن عبارة عن (إحالة القانون المختص حل النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى قانون آخر لعدم قبوله الاختصاص فيه لنفسه) (١).

(١) Muammar Rasit Sevig Devletler Hususi Hukuku, 2 Basi. Cilt 1. Istanbul / 1947. sf. 320 Ve
Suphi Nuri ileri, Atif Nazariyesinin Yeni Bir Tatbiki (Ist. Bar. Mec. 1939). Sf606.

نشأة الإحالة:

اختلف الفقهاء حول تاريخ ظهور الإحالة. فبينما يؤكد بعضهم بأن الإحالة قد ظهرت عام ١٨٧٥م في قضية (فركو) أمام القضاء الفرنسي، يرى آخرون أنها ظهرت أول الأمر أمام المحاكم الإنكليزية ثم انتقلت عام ١٨٧٥م إلى فرنسا^(١).

وفي الواقع أن الإحالة ظهرت لأول مرة عام ١٨٤١م أمام المحاكم الإنكليزية إلا أنها لم تتوضح وتتبلور إلى نظرية قانونية إلا في قضية (فركو) أمام المحاكم الفرنسية عام ١٨٧٥م^(٢)، فما هي قضية فركو؟.

كان^(٣) (فركو) بافاري المولد من زواج غير شرعي ويتمتع بالجنسية البافارية عندما جاء مع والدته إلى فرنسا وعمره خمس سنوات ومات فيها في الثامنة والستين من عمره دون أن يترك أية وصية أو أن يكتسب أي موطن قانوني في فرنسا. لأن اكتساب الموطن القانوني في فرنسا كان يتطلب الإذن الرسمي الخاص بالتوطن ولم يثبت أن (فركو) قد حصل على مثل هذا الإذن، فاعتبر محتفظاً بموطنه القانوني في بافاريا.

وعندما مات (فركو) في فرنسا ترك ثروة كبيرة من الأموال المنقولة وغير المنقولة، فحكمت محكمة فرنسية بأيلولة أمواله غير المنقولة إلى خزانة الدولة الفرنسية. أما أمواله المنقولة فلم يعرف لمن تنتقل، إلى أن طالب بها أخواله الذين كانوا يقربونه عن طريق النسب غير الصحيح (قربة الحواشي) ويعطي لهم القانون البافاري الحق في ذلك للسبب التالي:

كان القانون الفرنسي يخضع التركة المنقولة لقانون الموطن القانوني للمتوفى، وبما أن (فركو) لم يكتسب مثل هذا الموطن في فرنسا، فقد اعتبر محتفظاً بموطنه القانوني فسي بافاريا، وبالتالي وجب إخضاع هذه الأموال للقانون البافاري، لأنه قانون موطنه. وبما أن القانون البافاري كان يعترف لأخواله بالحق في هذه الأموال كورثة، لذا استجابت محكمة استئناف (بورجو) لطلبهم باعتبار أن قانون موطن (فركو) هو الذي يحكم تركته المنقولة بحسب قاعدة الإسناد الفرنسية.

اعترضت دائرة الخزانة الفرنسية على القرار وطلبت أيلولة الأموال المنقولة إليها باعتبار أن قاعدة الإسناد الفرنسية تسند حكم للتركة المنقولة لقانون موطن المتوفى الذي هو القانون البافاري، وأن قواعد الإسناد في القانون البافاري تحيل بدورها حل المسألة إلى قانون محل الإقامة المعتادة للمتوفى، وبما أن محل إقامة (فركو) المعتادة كان في فرنسا، لذا يجب إخضاع تركته المنقولة للقانون الفرنسي وحرمان أخواله من الإرث. لأن القانون الفرنسي لا يعترف لحواشي الولد غير المشروع (أقارب الجوار) بأن يرثوه إلا إذا كانوا من

(١) انظر الدكتور حامد زكي - أصول القانون الدولي الخاص المصري - الجزء الثاني، الطبعة الثالثة - القاهرة / ١٩٥٤ - ص ١١٣ والدكتور مصطفى كامل ياسين - المرجع السابق، ص ٢٥ و

Yasar Karayalcin, Devletler Hususi Hukukunda Atif (Ad, Der. 1945. sf. 1030)

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 60

(٣) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١٤ وما بعدها و
Abdulah Kemal Yoruk, Nazari Ve Ameli Devletler Hususi Hukuku, K. 1. 2 Basi.
Istanbul / 1950. sf. 114

الأشقاء والشقيقات، وبناء على ما تقدم فإنه لا يقر لهم هذا الحق، ويعتبر أن (فركو) قد مات دون وارث، ويجب أن تنتقل تركته المنقولة إلى الدولة الفرنسية بحكم القانون. واستناداً إلى طلب دائرة الخزينة الفرنسية هذا وبحسب قاعدة الإسناد في القانون البافاري قررت محكمة النقض الفرنسية إخضاع تركة (فركو) للقانون الفرنسي باعتباره قانون محل إقامته المعتادة وأوجبت تطبيق القانون المدني الفرنسي على التركة لأن (فركو) قد مات ومحل إقامته المعتادة في فرنسا^(١).

وعندما طلب نقض القرار في ٢٢ شباط سنة ١٨٨٢م، صدر قرار النقض من جديد برد طلبات أخوال (فركو). وقد جاء في هذا القرار: "بما أن القانون البافاري يوجب تطبيق قانون محل الإقامة في مسائل الأحوال الشخصية، لذا فإن القانون الوحيد الذي يجب تطبيقه في هذه المسألة هو القانون الفرنسي". وهكذا استقرت فكرة الإحالة كنظرية قانونية بعد قبولها في قضية (فركو) من قبل القضاء الفرنسي.

أنواع الإحالة:

الإحالة على نوعين هما:

١- الإحالة البسيطة أو الإحالة ذات الدرجة الواحدة: وتسمى بالإنكليزية (Remissio) وبالفرنسية (Renvoi ou Premier Degré) وبالألمانية (Rückver Weisan) وبالتركية (Bir dereceli atif)، وسماها (أرمنجون) بالإحالة الحقيقية (Renvoi Proprement dite)، وسماها عبد الحميد أبو هيف بـ (الرجوع)^(٢).

وفي هذا النوع من الإحالة يعيد القانون المختص الذي تقرر تطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الإسناد في قانون القاضي حل المسألة إلى قانون القاضي نفسه.

فالإحالة البسيطة إذن تتولد من اختلاف قانون دولتين حول موضوع واحد، وهذا النوع أكثر شيوعاً في التطبيق العملي من غيره، ولنوضح ذلك بقضية وقعت بين بريطانيا والعراق ونظرها القضاء العراقي وتتلخص وقائعها بما يلي:

ولدت الأنسة (ن) في بغداد سنة ١٩٣٩م من والدين إنكليزيين كانا قد اتخذوا من العراق موطناً لهما حسب استشهاد صادر من القنصلية البريطانية في بغداد. وعندما بلغت البنات الثانية عشرة من عمرها توفى والدها وأشهرت إسلامها بالحجة المرقمة ٢٨٠ الصادرة في ١٩٥١/١١/٥ من المحكمة الشرعية ببغداد وزوجت نفسها من العراقي (ح) أممها المحكمة الشرعية ببغداد في ١٩٥١/١١/١٢ بعد أن ادعت البلوغ وقدمت الشهود لإثبات

(١) جاء في الأسباب الموجبة لقرار النقض هذا ما يلي: (تخضع التركة المنقولة بحسب القانون البافاري لقانون محل إقامة المتوفى الفعلية أو المعتادة، وعليه يجب أن تخضع أموال فركو المنقولة لأحكام القانون الفرنسي باعتباره قانون محل إقامته المعتادة، كما أن القرار الصادر في ٢٢ مايس عام ١٨٨٠م، المتضمن رد الاعتراض الواقع بخصوص عدم إمكان تطبيق الأحكام الخاصة بتنازع القوانين في القانون المدني البافاري على المسألة، لا دلالة فيه تشير إلى أن القانون البافاري يحصر نطاق تطبيقه في الإقليم البافاري على المسألة، وبما أن هذه الأحكام تحيل حل المسألة إلى قانون محل إقامة المتوفى المعتادة، لذا يجب تطبيق القانون الفرنسي على المسألة باعتباره قانون محل إقامة فركو المعتادة).

(٢) انظر عبد الحميد أبو هيف - القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر - الطبعة الأولى - القاهرة / ١٩٥٠ - ص ٩٩.

ذلك واقتنع القاضي بأن ظاهر حالها يؤيد ادعاءها ، فأقامت والدتها (م) دعوى عليها وعلى زوجها العراقي أمام (محكمة المواد الشخصية) طلبت فيها إبطال الحجة الصادرة بإسلامها وإبطال عقد زواجها وتسليمها إليها باعتبارها بريطانية الجنسية لم تبلغ سن الثامنة عشرة من عمرها، فلا يحق لها أن تقوم بأي تصرف قانوني دون موافقة وليها. فاعترض وكيل المدعى عليهما على صلاحية محكمة المواد الشخصية للأجانب باعتبار أنهما مسلمان وأن المحكمة الشرعية هي صاحبة الاختصاص للنظر في النزاع. وبعد تدقيق طلب تغيير الصلاحية من محكمة المواد الشخصية إلى المحكمة الشرعية تمييزاً، قضت محكمة التمييز بإبقاء الاختصاص في نظر الدعوى لمحكمة المواد الشخصية للأجانب، وأفاد وكيل المدعية (الأم) بأن أحكام القانون الدولي الخاص تشترط في زواج الأجانب أن يكون العقد صحيحاً وفق شريعة الزوجين. وحيث أن البنت (ن) لا زالت بريطانية الجنسية، لذا يكون زواجها في هذا العمر غير جائز حسب القانون الإنكليزي إلا بعد موافقة وليها. وبما أن الأم هي وليها ولا توافق على هذا الزواج، لذا يجب فسخه.

وهنا كيفت المحكمة، موضوع النزاع بأنه من مسائل الأحوال الشخصية ثم بحثت عن القانون الواجب تطبيقه، فوجدت أن قواعد الإسناد العراقية في قانون الأحوال الشخصية للأجانب تخضع مسائل الأحوال الشخصية للأجانب في العراق لقانون جنسيتهم بشرط عدم تعارضه مع النظام العام في العراق، ولهذا فإن القانون الإنكليزي هو واجب التطبيق في هذا النزاع لأنه قانون المدعية (الأم) والمدعى عليها (البنت)، لذا سألت المحكمة الفنزلية البريطانية في بغداد عن حكم القانون البريطاني في القضية، فأوفدت الفنزلية مستشارها القانوني إلى المحكمة مع مذكرة تفيد أن مسائل الأحوال الشخصية للإنكليز الذين يقيمون في خارج بريطانيا تخضع لقانون موطنهم. فقبل القاضي العراقي هذه الإحالة من القانون الإنكليزي وطبق القانون العراقي، وقرر رد دعوى المدعية (الأم) بشأن طلب إبطال إسلام البنت باعتبار أن هذا الادعاء ليس من اختصاصها، لأنه لا يمكن التدخل في مسائل العقائد وإصدار الحكم في مسألة وجدانية غير قابلة للتنفيذ.

أما بالنسبة لادعائها الثاني، وهو طلب إبطال زواج البنت وتسليمها إليها، فقد قررت المحكمة بشأنه ما يلي:

بما أن المدعى عليها البنت (ن) أجنبية وأن مسائل الأحوال الشخصية قد جرت العادة أن يطبق عليها قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها وفقاً لأحكام القانون الدولي الخاص، وحيث أن المدعية وابنتها من التابعية البريطانية، لذا فإن قانونهما الشخصي هو الذي يحدد أهليتهما أو القانون الذي يشير إليه القانون الشخصي، والقانون الشخصي لهما هنا هو القانون الإنكليزي، وأن القانون الإنكليزي يخضع الأهلية اللازمة لزواج البريطاني لقانون موطنه. وعلى هذا فإن القانون العراقي هو الذي يحدد أهلية الزواج للبنت (ن) باعتباره قانون موطنها وموطن والديها تطبيقاً لقاعدة الإسناد الإنكليزية، وقد أيد المستشار القانوني للسفارة البريطانية في بغداد هذه الحقيقة عندما حضر أمام المحكمة باعتباره خبيراً في القانون البريطاني. وحيث أن المقصود بالقانون

العراقي هنا هو (مجلة الأحكام العدلية) وأحكام الفقه الإسلامي التي يجب تطبيقها على الأشخاص بصرف النظر عن معتقداتهم الدينية أو مذاهبهم، وإن المسادة (٩٨٦) من المجلة تنص على أن سن البلوغ للمرأة تسع سنين ومنتهاها ١٥ سنة، وإذا أكملت المرأة تسعا ولم تبلغ يقال لها المراهقة، وإن المادة (٩٨٩) من المجلة تنص على أن إقرار المراهقة بحضور القاضي ببلوغها يكفي لاعتبارها بالغة حكما إذا كانت المظاهر البدنية وظاهر حالها لا يكذبها، وحيث أن البنت (ن) قد ادعت أمام القاضي أنها بالغة وشهد الشهود على بلوغها وأيد القاضي ذلك، فتعتبر والحالة هذه أنها بالغة حكما ولها أن تزوج نفسها بمن تشاء ولوليها حق طلب إبطال زواجها من ناحية الكفاءة فقط. أي عندما لا يكون زوجها كفوءا لها. وعلى هذا ليس لأمها المدعية الحق في معارضة زواجها، لأنها ليست ولية عليها، حيث أن غير المسلمة لا يجوز أن تكون ولية على المسلمة. فبإسلام البنت (ن) رفعت ولاية أمها غير المسلمة عليها وأصبحت ولايتها للقاضي. فلأسباب الأنفة الذكر وتطبيقا لقانون الأحوال الشخصية للأجانب وأحكام القانون الإنكليزي واستنادا إلى الفتوى والنصوص السابقة تقرر رد دعوى المدعية بهذا الخصوص^(١).

٢- الإحالة ذات الدرجتين أو ذات الدرجات المتعددة (Renvio of Transmissio): وفي هذا النوع من الإحالة لا يحيل القانون المختص الذي تقرر تطبيقه حل النزاع إلى قانون القاضي نفسه، وإنما يحيله إلى قانون دولة ثالثة، فتتولد إحالة من درجتين. ولنوضح ذلك بالمثال التالي:

تخضع التركية غير المنقولة في القانون الألماني لقانون المتوفى (Lex Patriae) وفي القانون التركي لقانون موقعها (Lex rei sita) فإذا توفي تركي الجنسية متوطن في ألمانيا وترك دارا في سويسرا، ورفع نزاع بشأنها إلى محكمة ألمانية، فإن القاضي الألماني سوف يقرر الاختصاص في النزاع للقانون التركي تطبيقا لقاعدة الإسناد الألمانية، باعتباره القانون الشخصي للمتوفى، بينما القانون التركي لا يقبل هذا الاختصاص لنفسه ويحيل حل النزاع إلى القانون السويسري باعتباره قانون موقع المال وتحصل إحالة من درجتين. وإذا أحال القانون السويسري بدوره حل هذا النزاع إلى القانون الألماني باعتباره قانون موطن المتوفى، فإن الإحالة تكون ذات درجات متعددة.

الإحالة بين أنصارها وخصومها:

رغم قبول الإحالة في تشريعات وقضاء دول عديدة بعد قضية (فركو)، فقد استمر النقاش حولها وانقسم الفقهاء في ذلك إلى أنصار وخصوم لها. ففي الوقت الذي برز فقهاء أنصار يدافعون عن فكرة الإحالة ويطلبون تعميمها على كافة المسائل القانونية ويبررونها بالأدلة والبراهين القاطعة، برزت جماعة أخرى ترفضها وتدحض أراء أنصارها بالأدلة والبراهين القاطعة، باعتبارها تؤدي إلى تعقيد العلاقات القانونية وتتركز هذه الآراء في ما يلي:

(١) انظر المحامي عبد العزيز السهيل. أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني. الجزء الأول - الطبعة الأولى - بغداد/ ١٩٦٢ ص ٤١ ومؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٨٠ - ٨٣.

أولاً: آراء وأدلة أنصار الإحالة^(١):

١- إن الأحكام الموضوعية والأحكام المتعلقة بتنزع القوانين في قانون كل دولة تشكل وحدة لا تتجزأ. فإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، يجب تطبيق هذا القانون دون التفرقة بين قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية فيه، كما حصل ذلك في قضية (فركو). فعلى قاضي الموضوع أن يبدأ أولاً بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه، وإذا وجد أنها لا تشير إلى تطبيق قانون آخر، يعني ذلك رفضها للإحالة، ولزوم تطبيق القواعد الموضوعية من ذلك القانون وحسم النزاع بها. أما إذا وجد أن قواعد الإسناد فيه تشير إلى تطبيق قانون آخر، فيعني ذلك قبولها للإحالة، ولزوم تطبيق ذلك القانون الآخر^(٢).

٢- عندما تعطي قواعد الإسناد في قانون القاضي الاختصاص في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لقانون أجنبي معين ويعيد هذا القانون المختص حل النزاع إلى قانون القاضي من جديد، فإن الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون زائداً ما دام لا يقبل الاختصاص لنفسه في النزاع، ويجب قبول هذه الإحالة منه في هذه الحالة وعدم التشدد في ذلك أكثر من تشدد القانون الأجنبي ذاته، حتى لا تظهر حالة انعدام قانون مختص بحسم النزاع^(٣).

٣- إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توحيد الحلول واحترام الحكم الذي يصدره القاضي الوطني وتأمين تنفيذه في مختلف الدول وإضفاء صفة عالمية عليه، لا سيما بين الدولتين اللتين حصلت الإحالة بين قانونيهما. لأنه إذا طبق القاضي قانونه الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه دون مراعاة ما أمرت به نصوص القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، فإن حكمه لا يحوز قوة نفاذ قانونية إلا داخل حدود دولته، وبالأخص في الدولة التي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانونها ولكن قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة أعادت حل النزاع إلى قانون القاضي. لأنه يعتبر حينئذ حكماً مخالفاً لما تقضي به قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة. أما إذا أخذ القاضي الوطني بالإحالة من القانون المختص وطبق قانونه الوطني على النزاع، فإن قراره يكون موافقاً لما أمر به القانون الواجب تطبيقه، وتحقق بذلك الوحدة القانونية في الحكم الصادر وتكون له قوة نفاذ دولية في مختلف الدول، وهذه النتيجة هي هدف القانون الدولي الخاص.

(١) ومن أشهر أنصار الإحالة في إنكلترا (دايسى Dicey) و (ويست ليك West Lak)، وفي فرنسا (فايس Weiss) و (باتيفول Batifol)، وفي ألمانيا (مكجر Melchior) و (نوسباوم Nussbaum) و (فراشتاين Frankeshtein) و (فون بار Von Bar) و (كيدل Kidel) و (راپه Raape)، وفي إيطاليا (فيوري Fiore) و (ولف Wolff)، وفي أمريكا (كوان Cowan) و (غريوالد Griswald) وفي تركيا (صبيحي نوري إيري Suphi Nuri Ileri) و (عبد الحق كمال يورك Abdulhak Kemal Yoruk).

(٢) انظر: Yasar Karayalcin. sf. 1030

(٣) انظر: Suphi Nuri Ileri, Yasalarin Catismasi. Istanbul / 1934, sf.224

فمثلاً تخضع الأهلية في قواعد الإسناد الفرنسية لقانون الجنسية، وفي قواعد الإسناد الإنكليزية لقانون الموطن. فإذا رفع نزاع متعلق بأهلية إنكليزي متوطن في فرنسا إلى محكمة فرنسية تقرر المحكمة الفرنسية تطبيق القانون الإنكليزي في النزاع، ولكن القانون الإنكليزي لا يقبل هذا الاختصاص لنفسه ويعيد حل النزاع إلى القانون الفرنسي باعتباره قانوناً للموطن. فإذا قبلت المحكمة الفرنسية هذه الإحالة، تطبق حينئذ القانون الفرنسي على النزاع، وهو نفس القانون الذي كانت المحكمة الإنكليزية تطبقه على النزاع لو رفع إليها ابتداءً. وهكذا يكون الحكم واحداً في النتيجة، سواء صدر من محكمة فرنسية أو من محكمة إنكليزية^(١). وعلى عكس ذلك فإن عدم قبول الإحالة من القانون الواجب تطبيقه يؤدي إلى صدور أحكام متناقضة غير موحدة يصعب تنفيذها في غير دولة القاضي.

ثانياً - آراء خصوم الإحالة:

- عارض بعض الشراح آراء أنصار الإحالة وانتقدوها بشدة كالآتي:
- ١- عندما يسمح المشرع الوطني بتطبيق قانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، فإنه يقصد تطبيق قواعده الداخلية فقط دون قواعده المتعلقة بالقانون الدولي الخالص، ولا يقلل من شأن هذه الحقيقة القول بأن الأحكام الموضوعية والأحكام المتعلقة في القانون الدولي الخاص لكل دولة تشكل وحدة متكاملة غير قابلة للتجزئة. لأن هذا القول يخدم قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه وقواعد الإسناد في قانون القاضي. فإذا اعتبرنا القانون الواجب تطبيقه كلاً واحداً لا يتجزأ يجب أن نعتبر قانون القاضي أيضاً كلاً لا يتجزأ، وهكذا فإن قبول الإحالة من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه إلى قانون القاضي يجب قبولها من جديد من قانون القاضي إلى القانون الأجنبي ثم بالعكس إلى ما لا نهاية مما يؤدي إلى حصول حلقة مفرغة لا يمكن التخلص منها ويبقى القاضي حائراً لا يعرف القانون الواجب تطبيقه في النزاع، شأنه في ذلك شأن لاعب الكرة عندما يدفع الكرة إلى لاعب آخر وهذا يدفعها إليه، وهكذا تتكرر الحالة عدة مرات وفي كل مرة يتلقف اللاعبون الكرة بالتعاقب دون أن يكون هناك أي موجب لإيقاف الكرة عند قدم واحد منهم، فينعدم الاستقرار في المعاملات، ولا سيما عند الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية أو أكثر^(٢). ولذلك أطلق عليها الفقيه الألماني (Kahn) (غرفة المرايا)، وأطلق عليها الفقيه الإيطالي (Buzzati) (لعبة التنس الدولية)^(٣).
 - ٢- ادعاء ضرورة عدم التشدد أكثر من تشدد القانون المختص يؤدي إلى إنكار طبيعة قواعد الإسناد. لأن القاضي الوطني يستمد سلطته من مشرعه الوطني الذي يأمره

(١) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٢٥.

(٢) انظر. Abdulhak Kemal Yoruk, Nazari Ve Ameli Devletler Hususi Hukuku. 2 Basi Istanbul/ 1950 sf. 117 Ve Yasar Karayalein sf. 1039.

(٣) ومن أشهر خصوم الإحالة نذكر (لابي Labbe) وفي مصر (عبد الحميد أبو هيف) وفي لبنان المحامي (قواد رزق) وفي العراق (الدكتور مصطفى كامل ياسين) وفي سوريا الدكتور (سامي الميداني) والدكتور مساجد الحلواني) وفي تركيا (Muamar Rasit Seveg Ve Prof. Dr. Osman Berki) وفي فرنسا (Laini و Bartin و نيبويه Niboyet) وفي إنكلترا (Cheshire).

بتطبيق قانون أجنبي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي باعتباره القانون الأنسب والأقدر على تحقيق العدالة في نظره. فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المختص في النزاع بناء على أوامر مشرعه الوطني. ولكن إذا أمرت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بإحالة حل النزاع إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر، فعلى قاضي الموضوع عدم تنفيذ هذا الأمر لصدوره من مشرع أجنبي غير ملزم بتنفيذ أوامره، وبالتالي عليه رفض هذه الإحالة دون أن يقلق على مصير قراره من حيث عدم قابليته للتنفيذ في الخارج، لأنه لا يمكن إهمال أمر المشرع الوطني وتنفيذ أمر المشرع الأجنبي عن طريق الإحالة^(١).

٣- لا يمكن منطقياً وعملياً ضمان الاعتراف بالأحكام الصادرة من محاكم الدول الأجنبية في النزاع المشوب بعنصر أجنبي وتسهيل تنفيذها بالإحالة في جميع الحالات. لأنه قد لا يمكن معرفة البلاد التي يجب تنفيذ هذه الأحكام فيها مسبقاً. وحتى في حالة معرفتها فهناك احتمال رفض تنفيذها بسبب اصطدامها بفكرة السيادة أو مخالفتها للنظام العام في الدولة التي يراد تنفيذها فيها. فمثلاً لو رفع زوجان إنكليزيان مقيمان في الأردن دعوى الطلاق أمام محكمة أردنية فإن قواعد الإسناد الأردنية تعطي الاختصاص في النزاع إلى القانون الإنكليزي باعتباره قانونهما الشخصي، والقانون الإنكليزي يحل هذا النزاع إلى القانون الأردني باعتباره قانون محل إقامتهما، ومن المحتمل أن تصدر فيه المحكمة الأردنية قراراً مخالفاً للنظام العام في إنكلترا، وفي هذه الحالة ترفض المحاكم الإنكليزية طلب تنفيذ هذا القرار لمخالفته للنظام العام في إنكلترا. وعليه فإن الادعاء بأن الإحالة تسهل تنفيذ الأحكام في مختلف الدول ليس إلا خيالاً محضاً.

ثم إن القول بأن الأخذ بالإحالة من شأنه جعل القرار الصادر في النزاع متفقاً مع ما تذهب إليه المحكمة الأجنبية مردود أيضاً، لأن ذلك لا يصح إلا في حالة ما إذا افترضنا أن قانون دولة المحكمة الأجنبية لن يأخذ بالإحالة فيما لو عرض النزاع عليها. فإن كان يأخذ بها، فلن يكون هناك توحيد في الأحكام والحلول بين التشريعات المختلفة، لأن الحكم يأتي مختلفاً حتماً، بل بالعكس يؤدي الأخذ بالإحالة إلى اختلاف الحلول والأحكام وتنتج أموراً يختلف بعضها عن بعض كما حصل في قضية (فركو) عندما حكم القاضي الفرنسي بالرجوع إلى قانون الميراث الفرنسي وفقاً لقاعدة الإسناد البافارية، بينما كان بإمكان القاضي البافاري العمل بموجب القانون البافاري في القضية نفسها بموجب قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي.

وقالوا: هكذا يترأى أن فكرة الإحالة تفسح المجال لإمكانية تطبيق قانونين مختلفين في موضوع واحد واختلاف النتيجة، مما لا يؤمن ذلك وحدة التشريعات وتوحيد الحلول فيها، بل تمزقها وتزعزعها^(٢).

(١) انظر Muamer Rasit Sevig, Turk Kanunlarinin Nufuz Sahasi (Ist. Huk, Fak, Mec

1942. sf.2).

(٢) انظر Niboyet - موجز الحقوق الدولية الخاصة ترجمة سامي الميداني - الطبعة الرابعة دمشق / ١٩٢٩ - ص ٢١٨.

٤- ان قبول الإحالة يتناقض مع إرادة أصحاب العلاقة، لأن القانون الذي يطبق على علاقتهم القانونية نتيجة الأخذ بالإحالة قد يكون مخالفا لمصالح بعضهم، بحيث لو كانوا يعلمون مسبقا أن النتيجة تكون هكذا لحاولوا منع ذلك بطرق ووسائل شتى^(١).

وفي اعتقادنا ان الإحالة أصبحت من المبادئ العامة في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي رغم الانتقادات الموجهة إليها، سواء أكان أساس هذه الانتقادات هو الادعاء بأن في الأخذ بالإحالة إحياء لفكرة المجاملة أم هو الاتهام الموجه إلى القاضي بخضوعه لسلطة قانون أجنبي، وبحيث بات من الضروري الاعتراف بأنها قد لبست ثوبها العلمي، وأن قبولها في القانون الدولي الخاص أمر لازم، ولا سيما إذا كان من الدرجة الأولى، من أجل تأمين وتسهيل تنفيذ الحكم الصادر في النزاع المشوب بعنصر أجنبي.

وعند استعراض تشريعات الدول المختلفة نجد أن بعضها يأخذ بالإحالة البسيطة ذات الدرجة الواحدة، كما في المغرب والجزائر وسويسرا وألمانيا والسويد ويوغسلافيا واليابان والصين والمجر وفرنسا وبلجيكا وهولندا ولكسمبرغ وإسبانيا والبرتغال، وعمل بها القضاء في العراق وفرنسا وإنكلترا.

بينما يأخذ القانون البولوني بالإحالة بنوعيهما، ووسع القضاء الألماني نطاق الأخذ بها إلى الإحالة ذات الدرجات المتعددة خلافا لما ينص عليه القانون المدني الألماني من الأخذ بالإحالة البسيطة ذات الدرجة الواحدة فقط^(٢).

وهناك تشريعات رفضت الإحالة صراحة بجميع درجاتها، كما في الأردن والعراق وسوريا ومصر وليبيا واليونان وإيطاليا والبرازيل ورومانيا والولايات المتحدة الأمريكية.

وهناك تشريعات سكنت عن الإحالة نهائيا، كما في المملكة العربية السعودية واليمن والسودان وتركيا وإنكلترا. وفي لبنان ترك أمر الأخذ بالإحالة للقضاء^(٣)، فهو يتبناها في مسائل الأحوال الشخصية عادة ويرفضها في الميراث المنقول وغير المنقول^(٤).

(١) انظر مؤلفنا- نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق- ص ٣٢

(٢) انظر.

Leraape, Fransiz Devletler Hususi Hukukuile Karsilastirmak Suretiyle Alman Devletler Hususi Hukukunun Ana Hatlari (Siyasi Ilimer. Mec. 1942. No. 135, 136, 138, 139, sf 139).

(٣) انظر الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٥٠.

(٤) عند استقراء بعض الاتفاقيات والمواثيق الدولية نجد ان المادة الأولى من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢ الخاصة بتنظيم تنازع القوانين الحاصل بسبب الزواج قد نصت على أن: (الأهلية اللازمة للزواج تعين وفق القانون الوطني للزوجين. فإذا كان هذا القانون ينص صراحة على تطبيق قانون آخر فإن هذا القانون الآخر هو الذي يطبق). أي أن مسألة تحديد الأهلية اللازمة للزواج تحدد وفق القانون الوطني للزوجين، وإذا كان هذا القانون يشير إلى تطبيق قانون آخر صراحة، فإن هذا القانون الآخر هو الذي يطبق). ويفهم من ذلك أن الإحالة تكون مقبولة في هذه الحالة.

وقبلت الإحالة كذلك في الاتفاقية التي عقدت بين النمسا وبولونيا بتاريخ ٩ مارس عام ١٩٢٤ حول التعاون المتبادل بينهما في مجال القضاء.

ونصت المادة (٢) من اتفاقية جنيف الخاصة بالكمبيالات والسندات الاندية لعام ١٩٣٠ واتفاقية جنيف الخاصة بالشيكات المعقودة في ١٩ مارس عام ١٩٣١ على أن أهلية الساحب تخضع لقانونه الوطني (إلا أنه إذا كان هذا القانون يخول الصلاحية لقانون آخر، فإن القانون الآخر هو الذي يسري). ←

الإحالة في القانون الأردني:

كانت أحكام تنازع القوانين في الأردن غير واضحة وغير مستقرة وتخضع لأحكام مجلة الأحكام العدلية والاتفاقيات الدولية والعرف قبل صدور القانون المدني الأردني، وكانت الإحالة تقبل عادة في مسائل الأحوال الشخصية فقط. واستمر الوضع هكذا حتى دخل القانون المدني الأردني النفاذ في ١٩٧٧/١/١ وأفرد نصوصاً ضمن الأحكام العامة الواردة في الفصل الأول من باب التمهيد لتنازع القوانين، رفض فيها الإحالة بنوعها. إذ نصت المادة (٢٨) منه على أنه: (إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

فهذا النص رفض فكرة الإحالة على أساس (أن قاعدة الإسناد تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين لاعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أياً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة)^(١).

وإننا نعتقد بأن ما قرره المادة (٢٨) المذكورة من مبدأ رافض للإحالة كمساعدة عامة لا يمكن أن يلحقها بعض الاستثناءات التي ترد في قانون خاص أو في اتفاقية دولية نافذة في الأردن بمقتضى المادة (٢٤) من القانون المدني. لأن المادة (٢٤) أجازت الخروج عما تقررته قواعد الإسناد السابقة لها بنص خاص أو اتفاقية دولية بقولها: (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها).

فالمادة (٢٤) المذكورة وردت سابقة للمادة (٢٨) من القانون المدني ويقتصر سريانها على قواعد الإسناد السابقة لها دون اللاحقة. فإذا نصت اتفاقية دولية نافذة في الأردن على قبول الإحالة في مسألة معينة، لا يعني ذلك قبولاً للإحالة وتنظيماً لتنازع القوانين بين الأردن والدولة المتعاقدة بصورة عامة ومطلقة، بل يعتبر تنظيماً لجانب معين من تنازع القوانين بينهما^(٢).

التفويض أو الإحالة الضرورية:

إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تتعدد فيها التشريعات تعدداً إقليمياً بسبب تعدد المقاطعات أو الولايات فيها وخضوع كل مقاطعة أو ولاية للتشريع الخاص بها - كما في سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، وكما كان في

← وفي اجتماع لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص عقد عام ١٩٥١ وحضرته ٢٠ دولة، برز إلى الوجود موضوعان لم ينالا الاهتمام في السابق وأدخلا ضمن جدول أعمال المؤتمر وهما: الإحالة والإعتراف بالأشخاص المعنوية الأجنبية، وفي النتيجة تم إعداد لائحة اتفاقية بكل واحد منهما.

ورغم كل ذلك فقد رفض معهد القانون الدولي فكرة الإحالة خلال جلساته التي عقدت في كوينهاغن ونيوشاتل. (انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٥٢ وما بعدها والدكتور محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - المرجع السابق - ص ٣٥٢ و Yasar. Karayalcin. sf. 1034 Ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 63., Jale Akipek, Lahaye Devletler Hususi Hukuku Konferansi Ve Sekizinci ictimai (Ad. Der. 1952, sy. 3, sf. 243) Ve Nusret Metya. sf. 99.

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٥٤.

(٢) انظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ٥٤.

الجمهورية العربية المتحدة عندما كان للإقليم السوري تشريعات خاصة وللإقليم المصري تشريعات خاصة، وفي جيكوسلوفاكيا والاتحاد السوفياتي قبل تفككهما - أو تعددا شخصيا ووجود شرائع متعددة بسبب وجود طوائف مختلفة فيها وخضوع كل طائفة منها لشريعة خاصة بها في الزواج والطلاق والنفقة... إلخ، كما في لبنان، حيث توجد طوائف المارونية والدرزية والإسلامية (الشيعية والسنية). فكيف يتم عندئذ تحديد الشريعة الواجب تطبيقها من بين هذه الشرائع المتعددة فيما لو أعطي الاختصاص للقانون اللبناني في نزاع مشوب بعنصر أجنبي؟ ولنوضح ذلك بالمثال التالي:

إذا عرض نزاع مشوب بعنصر أجنبي على محكمة أردنية وقررت المحكمة تطبيق القانون اللبناني فيه إشارة من قواعد الإسناد الأردنية، فإن القاضي الأردني المرفوع إليه هذا النزاع لا يستطيع مباشرة تعيين الشريعة التي يجب تطبيقها على هذا النزاع من بين الشرائع المتعددة في لبنان، وإنما يترك أمر ذلك للقانون الداخلي اللبناني نفسه، فيحصل ما يسمى (بالتفويض) ^(١) أو (الإحالة الضرورية)، تمييزا لهذا التفويض عن الإحالة الحقيقية.

فالتفويض يختلف عن الإحالة، لأن في الإحالة بمعناها العام تثبت الولاية في النزاع لقانون دول معينة، ولكن هذا القانون يتخلى عن هذه الولاية لقانون آخر. بينما في التفويض لا يتخلى القانون المختص الذي تقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد في قانون القاضي عن ولايته في النزاع لقانون دولة أخرى، وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة في نفس الدولة ويتعين الرجوع إلى أحكام التنازع الداخلي في قانون تلك الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها على النزاع من بين تلك الشرائع المتعددة ^(٢).

وواجه المشرع الأردني هذا الموضوع عندما نص في المادة (٢٧) من القانون المدني صراحة على أنه: (إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة منها يجب تطبيقها).

(١) ينص القانون المدني السوري (٢٨م) والقانون المدني الليبي (٣٢م) والقانون المدني العراقي (م ٢/٣١) والقانون المدني المصري (م ٢٦) أيضا على هذا التفويض.

(٢) فمثلا قضت محكمة الجيزة الابتدائية في مصر بتاريخ ٢٦ حزيران عام ١٩٥٠م بتطبيق قانون ولاية واشنطن على دعوى تطليق بين زوجين أمريكيين لأن قواعد التنازع الداخلي في القانون الأمريكي تقضي بتطبيق قانون موطن الزوج، أي قانون الولاية الأمريكية التي اتخذها الزوج موطناً له في بلده وكان موطن الزوج في واشنطن. (انظر الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الثاني الطبعة الثانية، ص ١٤١، ومؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١٤١).

الفصل الثالث

القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي وفقاً لقواعد الإسناد الأردنية

بعد أن انتهينا من تعريف القانون الدولي الخاص وبيان تطوره التاريخي وطبيعة قواعده وخصائصه وموضوعاته ومصادره ومراحل تطبيقه لا بد لنا من شرح قواعد الإسناد التي أوردها المشرع الأردني لتعيين وتطبيق القانون المختص وحل تنازع القوانين في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي المتعلقة بالأشخاص والأموال. علماً أن المشرع الأردني لم يستند في وضع قواعد الإسناد هذه على مبدأ إقليمية القوانين الأردنية أو شخصيتها بشكل مطلق، وإنما أخذ بمبدأ إقليمية القانون كقاعدة عامة، وبمبدأ شخصية القانون كاستثناء، وتنازل فيهما عن اختصاص القانون الوطني نسبياً مجيزاً بذلك تطبيق القانون الأجنبي إذا أشارت قواعد الإسناد الأردنية إلى ذلك.

ففي العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لا بد من تحديد القانون الواجب تطبيقه لحل تنازع القوانين من حيث المكان، وهذا ما يستلزم تفضيل أحد القوانين المتنازعة على حكم العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي، ويتم هذا التفضيل بقواعد قانونية في القانون الدولي الخاص تسمى (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد). لأنها قواعد إحالة وإسناد لا تمس موضوع النزاع، وإنما تنحصر وظيفتها في إسناد حكم العلاقة إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة.

فقواعد الإسناد، هي تلك القواعد التي تشير إلى القانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، وهي ليست دولية ملزمة لجميع الدول، بل هي قواعد وطنية يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها، ولهذا فهي تختلف من دولة إلى أخرى بالنسبة للعلاقة القانونية الواحدة. فبعضها يعطي الاختصاص في الأهلية إلى قانون الجنسية وبعضها الآخر يعطي الاختصاص فيها لقانون الموطن ... إلخ.

وللوقوف على المجالات التي تنازل فيها المشرع الأردني عن اختصاص قانونه الوطني للقانون الأجنبي لا بد من استقراء وشرح قواعد الإسناد الأردنية ابتداء من حالة الشخص. والشخص قد يكون طبيعياً وقد يكون حكماً، وحالة كل واحد منهما قواعد خاصة، وسنبدأ بالتعرف على قواعد الإسناد الأردنية الخاصة بعديم الجنسية ومزدوج الجنسية أولاً ثم ننتقل إلى قواعد الإسناد الأردنية الخاصة بحالة الشخص الطبيعي والشخص الحكي وقواعد الإسناد الخاصة بالأموال.

المبحث الأول

القانون الواجب تطبيقه في التنازع الإيجابي والسلبي للجنسيات

قواعد الإسناد في أغلب التشريعات تجعل مسائل الأحوال الشخصية خاضعة لقانون الجنسية (قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها). وفي بعض الأحيان يصعب تحديد قانون الجنسية بسبب تعدد أو ازدواج الجنسية أو انعدامها أو تغييرها. فما هي الحلول التي جاءت بها قواعد الإسناد الأردنية في ذلك؟

المطلب الأول

القانون الواجب تطبيقه على حالة عديم الجنسية في التنازع السلبي للجنسيات يحصل التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين لوقوعه في حالة اللاجنسية. فعديم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة، ولذلك قيل بأنه لا يوجد في هذه الحالة أي تنازع بين القوانين على جنسية عديم الجنسية، وإنما يوجد مركز سلبي ناتج عن عدم اعتباره وطنياً في قوانين جميع الدول، وعلى قاضي الموضوع أن يعين قانوناً يحكم نشاطه وأحواله الشخصية. فإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون الجنسية في نزاع مشوب بعنصر أجنبي متعلق بمسائل الأحوال الشخصية لعديم الجنسية أي قانون يطبق على هذا النزاع؟ لا يوجد اتفاق في الآراء بشأن هذه المسألة، ولهذا انقسمت الحلول المقترحة إلى اتجاهات مختلفة كالآتي:

١- هناك اتجاه يذهب إلى أن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون آخر دولة كان عديم الجنسية متمتعاً بجنسيتها، وهذا ما أخذ به الفقه والتشريع في ألمانيا. إذ تنص المادة (٢٩) من القانون المدني الألماني على أن الاعتداد في حالة عديم الجنسية يكون بقانون آخر دولة كان متمتعاً بجنسيتها. فإن لم يسبق تمتعه بجنسية أية دولة، يطبق عليه قانون الدولة التي يكون أو كان فيها محل إقامته.

وقد انتقد هذا الاتجاه لأنه من الممكن تطبيقه على حالة من كان متمتعاً بجنسية دولة معينة في يوم من الأيام ثم فقدها، ولا يمكن تطبيقه على حالة من لم يتمتع في حياته بجنسية دولة معينة لوقوعه في اللاجنسية منذ ولادته^(١).

٢- ووفقاً لاتجاه ثان أن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو قانون موطن عديم الجنسية (Lex domicillii)، وهذا ما أخذ به القضاء في فرنسا على أساس أن الفرد يرتبط بالدولة إما برابطة الجنسية (Lex Patriae) أو برابطة الموطن (Lex domicillii)، ورابطة الجنسية أقوى ويعمل بها إن كان الفرد متمتعاً بجنسية دولة معينة، ولكن إذا لم تكن له جنسية معينة، يجب عندئذ اللجوء إلى رابطة التوطن لتعيين القانون الواجب تطبيقه على أحواله الشخصية. لأن قانون الموطن أكثر صلة به، حيث أن من يتمتع بحماية دولة معينة لا بد من خضوعه لقوانين تلك الدولة، وهذا ما أخذت به قوانين اليابان والصين والبرازيل و (جيكوسلوفاكيا قبل التجزئة) وسويسرا واليونان وبولونيا. كما أخذت به اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٢م^(٢)، وأخذ به أيضاً المشرع الأردني في المادة (٢٦) من القانون المدني الأردني بقوله: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية...).

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة - مطبعة الروزتا - إربد/ ١٩٩٤ ص ٢١٠.

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki - sf. 53, Prof. Dr. Sakir Berki, Tatbiki Devletler Hususi Hukuku- Ankara/ 1959. sf 43, Prof. Dr. Osman Berki, Vatanisizlik (Ank. Der.1948. Say1-4. sf 53), Nusret Metya, Devletler Hususi Hukuku Ders Notlari. sf. 111 Ve Hicri Fisek, Gayri Sahih Nesepten Dogan Kanun ihtilaflari. istanbul/ 1954. sf 74.

وهذا يعني أن المشرع الأردني ترك أمر تعيين القانون الواجب تطبيقه في حالة عديم الجنسية لتقدير القاضي دون أن يقيد بقيد يحد من اجتهاده . ولكن جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بهذا الصدد^(١): (إن القاضي يعتد غالباً في هذه الحالة بقانون محل إقامة الشخص)^(٢).

المطلب الثاني

القانون الواجب تطبيقه على حالة متعدد أو مزدوج الجنسية في التنازع الإيجابي للجنسيات

مزدوج أو متعدد الجنسية هو من يتمتع بجنسية أكثر من دولة واحدة. إذ قد تتوفر في شخص أسباب التمتع بأكثر من جنسية واحدة وفقاً لأحكام قانون دولتين أو أكثر، مما يصعب تحديد القانون الواجب تطبيقه على مسائل أحواله الشخصية إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها. حيث تدعي كل دولة من الدول التي يتمتع بجنسيتها السيادة عليه بوصفه أجد وطنيها. فيحصل من جراء ذلك ما يسمى بـ (التنازع الإيجابي للجنسيات).

وأسس حل للتنازع الإيجابي للجنسيات تختلف بحسب ما إذا كان النزاع القائم معروضا على محكمة تابعة لإحدى الدول التي تدعي السيادة على جنسية مزدوج الجنسية، أو على محكمة دولة أخرى لا علاقة لها بجنسيته أو على محكمة دولية.

فإذا كان الشخص من تابعة دولة المحكمة التي تنظر النزاع، تطبق المحكمة في هذه الحالة قانونها الوطني على أحواله الشخصية (Lex fori)، لأن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة فلا يقبل المشرع الوطني الاحتكام بشأنها لغير قانونه الوطني، والقاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطني. فالغلبة في ذلك تكون لقانون القاضي دائماً، وقد أخذت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ بهذا المبدأ وهو سائد في العرف الدولي، وينص عليه الشق الأخير من المادة (٢٦) من القانون المدني الأردني بقوله: (... على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية، فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه)^(٣).

فالقاضي الأردني ملزم وفق هذا النص بالاعتداد فقط بالجنسية الأردنية عند تراحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها الشخص واعتبار القانون الأردني هو الواجب تطبيقه على أحواله الشخصية^(٤).

أما إذا عرض هذا التنازع الإيجابي للجنسيات على محكمة دولة أخرى لا علاقة لها بإحدى الجنسيات التي يتمتع بها متعدد أو مزدوج الجنسية، فقد قيلت عدة آراء بصدده كيفية حل هذا التنازع الإيجابي للجنسيات والقانون الواجب تطبيقه على مسائل أحواله

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٥٣.

(٢) يخلط المشرع الأردني في حالات كثيرة بين الموطن ومحل الإقامة المعتادة رغم اختلافهما، وهو هنا يقصد به موطن الشخص. لتفصيل ذلك انظر بحثنا الموسوم بـ (الموطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن بالاشتراك مع الدكتور عدنان السرحان) - مجلة دراسات - للجامعة الأردنية، المجلد ٢٤، العدد ٢ - كانون الأول ١٩٩٧ - ص ٢٥٣ - ٢٧٥ - عمان.

(٣) يقابل نص المادة ٦/٢٦ من القانون المدني الأردني نص المادة ٢/٣٣ من القانون المدني العراقي.

(٤) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٥٣.

الشخصية، مع الاعتراف مبدئياً بعدم جواز الرجوع في هذه الحالة إلى قانون القاضي، باعتبار أن قانون القاضي لا يهتم إلا بتحديد جنسية رعايا دولته فقط دون غيرهم. وهذه الآراء هي:

١- رأي يذهب إلى ضرورة حل التنازع بالطرق الدبلوماسية احتراماً لسيادة جميع الدول التي يعنيها النزاع وعدم إمكانية ترجيح جنسية إحدى هذه الدول على غيرها بقرار واجتهاد قاضي الموضوع. وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن اللجوء إلى الطرق الدبلوماسية لحل خلافات الأفراد قد يعطل أو يؤخر حسم هذه الخلافات لصعوبة وطول الإجراءات^(١).

٢- ويذهب رأي آخر إلى وجوب حل التنازع بترجيح قانون الجنسية السابقة على غيرها من الجنسيات احتراماً للحقوق المكتسبة. وقد انتقد هذا الرأي أيضاً على أساس أنه يتعارض مع مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته الذي يوجب الأخذ بالجنسية اللاحقة لأنها تمثل حرية الإنسان في تغيير جنسيته.

٣- ويذهب رأي ثالث إلى وجوب حل التنازع بترجيح قانون الدولة التي فيها موطن أو محل إقامة متعدد أو مزدوج الجنسية. وقد انتقد هذا الرأي أيضاً على أساس أن محل إقامة الشخص أو موطنه قد يكون في دولة أخرى غير الدول المتنازعة على جنسيته. كما أن تغيير محل الإقامة والموطن محتمل في كل وقت وعندئذ تقوم صعوبات في تحديدهما.

٤- ووفق رأي رابع يجب حل التنازع بقانون الجنسية الفعلية أو الحقيقية لمزدوج أو متعدد الجنسية ويتم تعيين هذه الجنسية بظروف وواقع حاله. كمدى قدرته على التخابط بلغة الدولة المراد تثبيت جنسيته له أو مدى إمكان عيشه في تلك الدولة أو أداء الخدمة العسكرية أو مباشرة النشاط التجاري أو تولي إحدى الوظائف العامة أو الإقامة فيها، أو محل مراسلاته ووجود أمواله... إلخ.

فالراجح هو معيار الجنسية الفعلية أو الحقيقية، لأن هذه الجنسية تعتبر بحق هي الجنسية التي يعيش بها الشخص ويفضلها على سائر الجنسيات الأخرى المتمتع بها. وسيلة الكشف عن هذه الجنسية مسألة تتعلق بالوقائع يترك تقديرها للقاضي^(٢)، وقد أخذ المشرع الأردني بهذا الرأي، عندما نص في الشق الأول من المادة (٢٦) من القانون المدني على أن: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد...)

فالقاضي الأردني يقوم بتحديد الجنسية الفعلية لمزدوج أو متعدد الجنسية في حالة التنازع الإيجابي للجنسيات وتعيين القانون الواجب تطبيقه على النزاع دون أن يقيده في ذلك

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص ٢٠٦.

(٢) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٥٩٢.

قيد عندما لا تكون الجنسية الأردنية هي إحدى الجنسيات التي يتمتع بها، وعليه أن يعتد في هذه الحالة بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها^(١).

أما إذا كان التنازع الإيجابي بين عدة جنسيات يتمتع بها مزدوج أو متعدد الجنسية معروضا على محكمة دولية، فإن المبدأ السائد هو حل هذا التنازع بقانون الجنسية الفعلية التي يتم تعيينها بالإستناد إلى ظروف وواقع حاله أيضا، خاصة ظرف ممارسة الحقوق السياسية والمدنية، مثل تولي الوظائف العامة ومباشرة حق الانتخاب... إلخ.

فمثلا يأخذ النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية بمبدأ الجنسية الفعلية بالنسبة لعنصرية قضية المحكمة على أساس التمتع بالحقوق المدنية والسياسية. إذ تنص المادة (٣) منه على أن: (تتألف المحكمة من خمسة عشر عضوا، ولا يجوز أن يكون فيها أكثر من عضو واحد من رعايا دولة واحدة. وإذا كان من الممكن عد أحد الأعضاء متمتعا برعوية أكثر من دولة واحدة، فإنه يعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها حقوقه المدنية والسياسية).

وقد استجاب القضاء الدولي لهذا المعيار في قضية (روفائيل كانافيرو) التي عرضت على محكمة التحكيم الدولية في لاهاي عام ١٩١٢م وكانت جلسة المحكمة برئاسة القاضي الفرنسي (لوي رينو). وتتلخص وقائع هذه القضية بأن ثلاثة أشقاء (روفائيل، نابليون، وكارلو) كانوا قد ولدوا من عائلة (كانافيرو) في بيرو من أب إيطالي، فاعتبرتهم إيطاليا من وطنيها وفقا لأحكام المادة (٤) من قانونها المدني التي كانت تفرض الجنسية الإيطالية الأصلية على أساس حق الدم المنحدر من الأب. كما اعتبرتهم بيرو من وطنيها لولادتهم في بيرو واستناد القانون البيروني إلى حق الإقليم في فرض الجنسية الأصلية. ولذلك أرادت السلطات البيرونية استيفاء ضرائب من روفائيل تحققت من أرباحه التجارية وقدرها (٤٧٠٠٠) ليرة، باعتباره من البيرونيين، فرفض روفائيل تسديد هذا المبلغ لحكومة بيرو مستقويا بجنسيته الإيطالية، وطلب من الحكومة الإيطالية حمايته وحصل نزاع بين بيرو وإيطاليا على جنسيته ورفع هذا النزاع إلى محكمة التحكيم الدولية التي قضت بتثبيت الجنسية البيرونية له على أساس أنها الجنسية الفعلية التي كان يظهر بها روفائيل بالنظر لممارسته من الناحية الواقعية حقوقه المدنية والسياسية في بيرو أكثر من مناسبة كمواطن بيروني، ومن ذلك ترشيح نفسه لعضوية مجلس الشيوخ البيروني وفوزه في الانتخابات العامة وتعيينه بعد الفوز بوظيفة القنصل العام البيروني في هولندا، كما تبين أن محل إقامته الاعتيادية كان في بيرو^(٢).

وهناك قضية أخرى تعرف باسم (ماتيسون) قامت بين بريطانيا وفرنزويلا وعرضت على محكمة التحكيم عام ١٩٠٣م وتتلخص وقائعها بأن هذا الشخص ولد في فنزويلا عام ١٨٥٨م من أب بريطاني الجنسية، وفي عام ١٨٦٤ صدر الدستور الفنزويلي ونص على فرض الجنسية الفنزويلية على كل من ولد في فنزويلا على أساس حق الإقليم بغض النظر عن جنسية الأب. وكانت وجهة نظر بريطانيا أن النص لا يحرم الشخص المذكور من حقه في الاحتفاظ بجنسيته البريطانية الثابتة له على أساس حق الدم. فحكمت المحكمة بتثبيت

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص. الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ - ص ١٠٦.

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٥١.

الجنسية الفنزويلية له على أساس ان إقامته المعتادة وتعلقاته ومعيشتة كانت في فنزويلا. وذكرت المحكمة في قرارها أن الجنسية الفعلية هذه تتفق مع مبادئ ومعايير العدل والطبيعة، ويجب أن تنتهي بها الجنسية المبنية على أساس حق الدم وحده، لأن الجنسية المبنية على أساس التوطن والمعيشة في دولة معينة أثبت من الجنسية المبنية على أساس حق الدم وحده^(١).

ورغم ركوز القضاء الدولي إلى معيار الجنسية الفعلية في حل التنازع الإيجابي للجنسيات، إلا أن محكمة التحكيم الدولية ذهبت عام ١٩٣٢م في قرار لها صدر بشأن قضية حصلت بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية حول جنسية شخص اسمه (جورج سالم) إلى أن مبدأ الجنسية الفعلية لا تعززه أسانيد كافية في القانون الدولي، فأثارت بذلك الشك حول معيار الجنسية الفعلية، ولكن هذا القرار تعرض لانتقادات شديدة من فقهاء القانون الدولي الخاص^(٢).

المبحث الثاني

القانون الواجب تطبيقه على مسائل الأحوال الشخصية

لكل شخص طبيعي حالة تتأثر بها حياته القانونية والاجتماعية، لأنه تترتب على هذه الحالة حقوق وواجبات تلحق الفرد ولا يستطيع التحلل منها إلا بالطرق القانونية من حيث انتسابه لأسرة معينة ودين معين وجنسية معينة، وقد أشارت المواد (٣٣ - ٤٢) من القانون المدني الأردني إلى هذه الحالة.

فلكل إنسان أسرة ينتسب إليها ويكون عضوا فيها وتتكون هذه الأسرة من مجموع الأشخاص الذين تجمعهم وتربطهم ببعض صلة القرابة، سواء أكانت هذه القرابة قرابة نسب أم قرابة مصاهرة، وتترتب عليها نتائج قانونية متعلقة بحل الزواج وحرمة الطلاق والحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وبينهما وبين الأبناء والأقارب يطبق عليها (أحوال شخصية) ويحكمها عادة القانون الشخصي الذي قد يكون هو قانون الجنسية أو قانون الموطن إذا تعذر تحديد قانون الجنسية بسبب انعدام أو تعدد أو ازدواج الجنسية^(٣).

فالأجاء الشائع والغالب في التشريعات هو إخضاع حالة الشخص لقانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها. لأن حالة الإنسان الشخصية غير قابلة للتعدد وتحتاج إلى الاستقرار وتبعاً لذلك يلزم أن يكون النظام الذي يحكم أهليته وزواجه وطلاقه واحداً بصورة مستمرة وبدون تجزئة. فزواجه لا يمكن أن يكون صحيحاً تارة وباطلاً تارة أخرى تبعاً لإخضاعه لهذا القانون أو ذاك، ولا يمكن أن يحصل هذا الاستقرار في العلاقات الاجتماعية إلا بالقانون الوطني للشخص^(٤).

ويختلف تحديد ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية من دولة إلى أخرى، ولم يأت المشرع الأردني بتعريف معين للأحوال الشخصية لأن الشريعة الإسلامية لم تعرفها،

(١) المرجع السابق - ص ٥٢.

(٢) انظر الدكتور شمس الدين الوكيل - الموجز في الجنسية ومركز الأجانب. الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٣١٩.

(٣) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٢٥١.

(٤) انظر المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.

رغم انه أطلق على القانون الذي ينظم الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار والوصية (قانون الأحوال الشخصية). فالأحوال الشخصية عبارة عن مجموعة عناصر وصفات خاصة يتميز بها الإنسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته ويرتب عليها القانون آثاراً قانونية في حياته الخاصة وروابطه العائلية كونه ذكراً أو أنثى، زوجاً أو أرملاً، مطلقاً، أباً أو ابناً، كامل الأهلية أو ناقص الأهلية. أي الزواج والطلاق والنسب والأبوة والبنوة والحضانة والنفقة والوصية والميراث والأهلية والولاية والوصاية والقيومة والخطبة والمهر ... إلخ. ولهذا نصت المادة (١٢) من القانون المدني الأردني على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ...) (١). وجاء في المذكرة الإيضاحية لنص هذه المادة: (تعين الفقرة الأولى من هذه المادة القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم ويقصد بالحالة جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من الواقع، كالسن والذكورة والأنوثة أو على أسس من القانون، كالزواج والحجر والجنسية ... إلخ) (٢).

وعليه لا بد من شرح هذه الأمور تباعاً مبينين حكم قواعد الإسناد الأردنية فيها والقانون الذي تخضع له في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي.

المطلب الأول

القانون الذي يحكم الأهلية

الأهلية عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تكون له أو عليه حقوق وقدرته على التصرف بها وأداء ما عليه من التزامات على وجه يعتد به القانون عند مباشرته واستعماله هذه الحقوق استعمالاً يحميه القانون، سواء أكانت متعلقة بالروابط المالية أم بالأحوال الشخصية، ويلزم إعطاء الاختصاص فيها لقانون الجنسية، أي قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها. لأن القواعد المنظمة للأهلية ما وضعت إلا لضمان حماية الشخص ولا تتحقق هذه الحماية إلا بإخضاعها لقانونه الوطني المستمد من حاجاته وأحواله وظروفه الشخصية. ولهذا فإن غالبية التشريعات تخضع الأهلية لقانون الجنسية، ومنها قاعدة الإسناد الأردنية في الشق الأول من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني الذي ينص على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ...).

وكذلك تنص المادة (٢/١٣٠) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٠ على أن: (يرجع في تحديد أهلية الشخص الملزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحاً ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقاً لقانون بلده) (٣).

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٨٣ والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٧٦ والدكتور جابر الراوي - المرجع السابق - ص ٨٠.

(٢) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني / ج ١ ص ٤٣.

(٣) تخضع الأهلية في القوانين المدنية في العراق ومصر وليبيا وسويسرا وتركيا وفرنسا وإيطاليا وألمانيا والبرازيل لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها.

وتكون العبرة بقانون جنسية الشخص وقت وجوب الحق ووقت إجراء التصرف القانوني. والمقصود بالأهلية هنا هو أهلية الأداء. أي صلاحية الشخص وقدرته على التصرف بالحقوق وتحمل الالتزامات الإرادية على وجه يعتد به القانون ويحميه^(١). أو بمعنى آخر صلاحية الشخص لمباشرة هذه الحقوق بنفسه على وجه صحيح ونافذ ومنتج للآثار القانونية.

وأهلية الأداء هذه لا تثبت للإنسان إلا إذا بلغ سنا معينة ولم يتعرض لعارض من عوارض الأهلية، لأنها صلاحية الإنسان لممارسة حقوقه بنفسه وإلزام نفسه بالالتزامات على وجه يعتد به القانون ويحميه، ويترتب على ذلك إمكان تمتع الإنسان بأهلية الوجوب فقط دون أهلية الأداء أو بأهلية الوجوب وأهلية الأداء معا. لأن أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لأن تكون له أو عليه حقوق والتزامات. أي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه وتثبت لكل واحد منذ ولادته إلى وفاته وتصفية تركته وسداد ديونه، بل وقبل ذلك عندما يكون جنينا في بطن أمه، ولا يعطى الاختصاص فيها لقانون الجنسية في كل الأحوال، بل يختلف القانون الذي تخضع له بحسب الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع أو لا يتمتع به. فحقه في الميراث المنقول مثلا يخضع لقانون المتوفى، وحقه في العقار يخضع لقانون موقع العقار ... إلخ^(٢).

وأهلية الأداء مناطها التمييز. فهي تدور معه وجودا ونقصانا وانعدامًا. فإذا كان تمييز الإنسان تاما كانت أهلية الأداء عنده تامة وإذا كان تمييزه ناقصا كانت أهلية الأداء عنده ناقصة وإذا انعدم تمييزه تنعدم عنده أهلية الأداء^(٣).

فأهلية الأداء هي التي تخضع لقانون الجنسية، لأنه يتم تحديد سن الرشد اللازمة لبلوغها والعوارض التي تصيبها بالرجوع إلى هذا القانون^(٤).

فالقانون الوطني للقاصر هو الواجب تطبيقه على مسألة هل أنه يخضع للولاية أو للوصاية أو للقوامة وتحديد من يصلح ليكون وليا أو وصيا أو قيما عليه ليحمي حقوقه وكيفية عزله وتقيد سلطته وتقدير المكافأة له، ويسند الاختصاص التشريعي فيما يتعلق بهذه النظم إلى قانون عديم الأهلية أو المحجور بوجه عام، لأنه أقر القوانين على توفير أسباب الحماية له، وهذا ما تنص عليه المادة (١٧) من القانون المدني الأردني بقولها: (يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته). أما الإجراءات الواجب اتباعها في مسائل الوصاية والقوامة والولاية وما إليها فيطبق في شأنها قانون القاضي، مثل كيفية قيام الوصي أو الولي أو القيم بإدارة أموال من تجب حمايته وتقديم كشوف حسابات حقوقه ... إلخ^(٥).

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٤٣.

(٢) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٤٤ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٩٢.

(٣) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٤٤.

(٤) تختلف المدة الزمنية لبلوغ سن الرشد من دولة إلى أخرى. ففي العراق والأردن ١٨ سنة وفي الجزائر ١٩ سنة وفي تونس ٢٠ سنة وفي مصر ٢١ سنة وفي المكسيك ٢٥ سنة.

(٥) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٧٨ والمذكرة الإيضاحية لنص المادة (١٧) من القانون المدني الأردني - ص ٤٦.

استثناءات من قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية:

إذا لم يكن الشخص بالغاً سن الرشد المقررة في قانون جنسيته يعتبر ناقص الأهلية ويحد من قدرته على إجراء التصرفات القانونية الصحيحة النافذة وفقاً لهذا القانون حماية له. وعليه يجب الرجوع إلى قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها لمعرفة نظام الحماية الذي يتفق وحالة من لم تكتمل أهليته وفقاً للمادة (١٢) من القانون المدني الأردني. ولكن قاعدة خضوع الأهلية لقانون جنسية الشخص قد لا تجد تطبيقاً لها في بعض الحالات الاستثنائية التي ينص عليها المشرع صراحة، ومنها:

أولاً - المصلحة الوطنية:

ذكرنا أن الأهلية من المسائل التي تخضع لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها. فالتثبت من صلاحية الشخص وقدرته على التصرف بحقوقه وأداء ما عليه من التزامات على وجه يعتد به في الروابط المالية والعائلية يخضع لقانون جنسيته. ذلك لأن القواعد المنظمة للأهلية وضعت لحماية الشخص وهذه الحماية لا تتحقق إلا بإخضاع أهليته لقانونه الوطني المستند من حاجاته وظروفه وأحواله، ولذلك أخذ الشق الأول من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني بهذا المبدأ بقوله: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم). ولكن مبدأ خضوع الأهلية لقانون الجنسية قد لا يجد له التطبيق إذا وجدت مصلحة وطنية تقضي بخلاف ذلك كالتالي نص عليها المشرع في الشق الثاني من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني بقوله: (... ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته)، وهذا ما يعبر عنه بـ (المصلحة الوطنية) التي تعتبر مانعاً من موانع تطبيق قانون الدولة التي يتمتع الأجنبي بجنسيتها على أهليته في الأردن ولو كان هو القانون الواجب تطبيقه بمقتضى قواعد الإسناد الأردنية إذا كان الأخذ به في تحديد أهليته وفق المادة (١/١٢) يؤدي إلى الإضرار بمصلحة أحد الوطنيين^(١).

فمثلاً إذا جاء جزائري الجنسية عمره ١٨ سنة إلى الأردن وعقد صفقة تجارية مع تاجر أردني ولم يذكر للتاجر الأردني أن بلوغ سن الرشد في القانون الجزائري هو ١٩ سنة، ولدى مطالبة البائع الأردني له بالثمن المتفق عليه ادعى هذا الجزائري بطلان التزامه، لأنه قاصر وفق القانون الجزائري ورفع نزاع بذلك إلى محكمة أردنية، فإن المحكمة الأردنية لا تأخذ بهذا الدفع وتقضي بصحة التزامه وتلزمه بأداء الثمن للطرف الأردني الذي خدعته مظاهره فترأى له راشداً قياساً على حكم القانون الأردني الذي يعتبر سن الرشد ١٨ سنة كاملة، وتصرف معه بحسن نية على هذا الأساس وهو غير ملزم بمعرفة أحكام الأهلية وسن الرشد في قوانين الدول الأخرى. وعليه فإن الأخذ بأحكام القانون الجزائري في هذه الحالة لتحديد أهلية هذا الجزائري استناداً إلى قاعدة الإسناد الأردنية في المادة (١٢)

(١) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وبخاصة الأردني - الطبعة الثانية - المرجع السابق - ص ٥٢ والدكتور سمير عبد المييد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - ص ٦٣٢ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٩١ - ٩٢.

من القانون المدني التي تعطي الاختصاص لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، تتولد منه الإضرار بالمصلحة الوطنية من خلال الإضرار بمصلحة هذا الوطني، وعليه يستبعد تطبيقه ويحل محله حكم القانون الأردني في تحديد أهليته.

إذن يشترط للتمسك بالمصلحة الوطنية وإحلال القانون الأردني محل قانون جنسية الأجنبي في تحديد أهليته وفق الشق الثاني من الفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني ما يلي:

١- أن يكون التصرف موضوع النزاع ماليا معقودا في الأردن وتترتب آثاره فيه. ولذلك تخرج التصرفات الأخرى غير المالية من دائرة إمكان التمسك بالمصلحة الوطنية، مثل الأحوال الشخصية. كما تخرج التصرفات المالية التي تعقد في الخارج أو تترتب آثارها في الخارج ولو تحققت شروطها الأخرى.

٢- أن يكون أحد أطراف التصرف أجنبيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطني وكامل الأهلية وفقا للقانون الأردني، والطرف الآخر أردنيا كامل الأهلية وفقا للقانون الأردني. فإذا كان الطرف الأجنبي ناقص الأهلية أيضا وفقا للقانون الأردني أو كان الطرف الأردني ناقص الأهلية وفقا للقانون الأردني لا يمكن التمسك بالمصلحة الوطنية عندئذ لانتهاء حسن النية.

٣- أن يرجع عدم معرفة نقص أهلية الأجنبي إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأردني تبينه. لأن سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي تنفي حسن نية الطرف الأردني. وتقدير سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي أو صعوبتها أمر متروك لتقدير القاضي الذي عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار الظروف التي تم فيها التصرف القانوني موضوع النزاع. ويترتب على الأخذ بالمصلحة الوطنية عدم حكم أهلية الأجنبي بقانونه الوطني بالنسبة للتصرف المالي الذي يعقده في الأردن ويترتب أثره فيه ويتولد منه ضرر مالي لأحد الأردنيين، ويصح العقد كأنه صادر عن كامل الأهلية كما ورد في القانون الأردني ويرفض دفع الأجنبي بنقص أهليته وفقا لقانونه الوطني ويلزم بما يرتبه العقد عليه من التزامات ويقبل ادعاء الأردني بجهل قانون دولة هذا الأجنبي^(١).

ثانيا- وجود نص في قانون خاص أو في معاهدة:

إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الأردن يقضي بعدم خضوع الأهلية لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها لا يتم تحديد أهلية الشخص بموجب قانونه الوطني تطبيقا للفقرة (١) من المادة (١٢) من القانون المدني. وذلك لأن المادة (٢٤) من القانون المدني تنص على أن: (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص

(١) نشأت هذه النظرية عام ١٩٦١ أمام القضاء الفرنسي في قضية (إيزاردي) الذي كان مكسيكيا يسكن باريس وعقد صفقة مجوهرات مع أحد الفرنسيين عندما كان عمره ٢١ سنة ولم يكن البائع الفرنسي يعلم بأن سن الرشد في القانون المكسيكي ٢٥ سنة ولم يبلغه هو بذلك أيضا ولدى مطالبته بالثمن دفع ببطان التزاه لآته قاصر وفق أحكام قانونه الوطني وهو القانون المكسيكي وأن القانون الفرنسي يخضع الأهلية لقانون الجنسية، فرفضت المحكمة دفعه هذا وألزمته بدفع ما التزم به إلى البائع الفرنسي الذي اتخدع بمظاهره المدنية فتراعى له بالغا من الرشد قياسا على أحكام القانون الفرنسي في الوقت الذي كان يتصرف فيه هو بحسن نية وغير ملزم بمعرفة قوانين الدول الأخرى في الأهلية، وأن الأخذ بالقانون المكسيكي يؤدي إلى إيقاع الضرر به وبالمصلحة الوطنية.

في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها). وخير مثال على ذلك ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي جعلت سن الرشد لل Jordنيين والأجانب في جميع الأمور التي لها علاقة بتطبيق هذا القانون ثماني عشرة سنة شمسية وفقا للقانون الأردني^(١)، وهكذا الأمر بالنسبة للفقرة (٢) من المادة (١٠٣) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ التي تنص على أن: (يرجع في تحديد أهلية الشخص الملزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام، كان التزامه صحيحا ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقا لقانون بلده).

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم الخطبة

رغم أن الخطبة تعتبر من النظم القانونية القديمة حيث عرفها القانون الروماني والجرماني إلا أن أغلب الشرائع لم يعتبرها إلا حادثا متعلقا بالحياة الخاصة للأفراد دون إضفاء ماهية قانونية على هذا الحادث، كما هي الحال في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني والقانون الفرنسي.

فالقانون الفرنسي لم يتناول تنظيم الخطبة وآثارها، ولهذا اتجه القضاء الفرنسي إلى تكييف فسخها بـ (الرجوع عن وعد الزواج) الذي يترتب عليه حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي المتولد منه على أساس الفعل الضار إذا تم الفسخ بإرادة أحد الخاطبين دون سبب مبرر وبصورة مضرّة للطرف الآخر^(٢).

وفي الإسلام يعتبر عقد الزواج من أهم وأجل وأعظم وأخطر العقود ولهذا جعلت له مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام العقد الذي قد يستمر ولا ينتهي إلا بوفاء أحد الزوجين، ومن جملة هذه المقدمات (الخطبة)^(٣).

(١) لقد انتقدنا الدكتور حسن الهداوي استاذ القانون المدني في جامعة مؤتة في الصفحة ١٢٦ من كتابه الموسوم بـ (الجنسية وأحكامها في القانون الأردني)، لقولنا في مذكرات زعم إننا كتبناها في جامعة مؤتة: (إن المواة الأجنبية المتزوجة من أردني لا تكتسب جنسية زوجها الأردني ما لم تكن بالغة السن القانونية المحددة في الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي تنص على أن: "سن الرشد في جميع الأمور التي لها علاقة بتطبيق هذا القانون ثماني عشرة سنة وفاقا للتقويم الشمسي" للأردنيين والأجانب على حد سواء).

وذكر بأنه لا يشاركنا الرأي في ذلك، والحال أننا لم نكتب وننشر أية مذكرات في جامعة مؤتة، ولعل ما رجع إليه هو مجرد ملاحظات خطية يكتبها الطلاب في المحاضرات، مما لا يعبر بدقة عن الرأي العلمي ولا يعتبر مصدرا علميا، هذا من جهة. ومن جهة أخرى إذا افترضنا صدور مثل هذا الرأي منا فهو صحيح بدليل أن الدكتور حسن الهداوي ناقض نفسه واعترف بصحة هذا الرأي عندما قال في الصفحة ١٠٣ من كتابه الموسوم بـ (تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص): (لا تجد قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية تطبيقا لها كلما وجد نص في قانون خاص يقضي بخلاف ذلك كالفقرة (و) من المادة الثانية - وليس الثامنة كما ذكرها- من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ التي جعلت سن الرشد الواردة في هذا القانون تحدد للأردنيين والأجانب على حد سواء - طبقا لأحكام القانون بثمانى عشرة سنة...).

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 137.

(٣) انظر الدكتور محمود السرطاوي - شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني - الطبعة الأولى - دار العدوى للطباعة والنشر والتوزيع - عمان / ١٩٨١ - ص ٢١.

فالخطبة هي طلب الرجل المرأة للزواج، بحيث إذا تقدم رجل لخطبة فتاة وأجيب على طلبه تتم الخطبة بذلك ولكن لا ينعقد الزواج. لأن الخطبة ما هي إلا مقدمة غير ملزمة للزواج ويحق لكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عنها متى شاء. فلا يعتبر عقد الزواج تاماً بالخطبة^(١)، وهذا ما تنص عليه المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م بقولها: (لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية). وتنص المادة (٤) من القانون المذكور على أن: (لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة).

بينما قوانين دول أخرى نظمت أحكام الخطبة وشروطها الموضوعية والشكلية والآثار التي تترتب عليها عند العدول عنها باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية التي يسري عليها من حيث شروطها الأصلية والأضرار المتولدة عنها قانون الدولة التي يتمتع كل خاطب بجنسيتها لا على أساس الفعل الضار، بل على أساس أنها من الحقوق العائلية كما في القانون المدني التركي والسويسري والألماني وبعض دول أمريكا اللاتينية^(٢). ولاختلاف الأحكام الواردة في التشريعات بشأن الخطبة وآثارها فقد دخلت ضمن دائرة اهتمام القانون الدولي الخاص، خاصة بالنسبة لمسألة معرفة القانون الذي يحكم أهلية الخاطبين والنتائج القانونية المترتبة على فسخها، مثل طلب التعويض عن الأضرار أو طلب استرداد الهدايا المتبادلة.

ومن أجل تعيين القانون الواجب تطبيقه في الخطبة وآثارها من الضروري التفرقة بين تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية لها كالآتي:

أولاً- تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة:

لما كانت الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، فإن التنازع المتولد من شروطها الموضوعية يدخل ضمن اختصاص قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها. ولما كان من المحتمل أن لا يكون الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة، لذا يجب بحث التنازع المتولد من الشروط الموضوعية للخطبة في حالتين هما:

أ- إذا كان الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة، فإن الشروط الموضوعية في الخطبة تخضع لقانونهما الوطني المشترك من حيث تحديد أهليتهما والآثار القانونية المتولدة من فسخها، ما لم يكن هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي.

(١) اعتبر الدكتور حسن الهداوي أستاذ القانون المدني في جامعة مؤتة في الصفحة ١١١ من مؤلفه الموسوم بـ (تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص) الخطبة وعدا بالزواج. ونحن لا نشترك الرأي في ذلك، لأن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج والوعد بالزواج مقدمة أخرى من مقدمات الزواج. فالخطبة ليست وعدا بالزواج بل خطوة أو مقدمة للزواج أوسع من الوعد بالزواج. ذلك أن الخطبة تعلن عادة بساير إجراءات شكلية علنية معينة بين أفراد العائلة والمجتمع من خلال حفلة أو جلسة عائلية وتبيح الانتقاء بين الخاطبين علناً في حدود معينة دون شبهات، بينما الوعد بالزواج قد يكون بمجرد تصرف قلبي يبقى في السر والكنعان بين الخاطبين ولا يعلن للملا بإجراءات شكلية علنية ولا يبيح الانتقاء بين الخاطبين دون شبهات. والدليل على ذلك أن المشرع الأردني أوردهما في متن المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية باعتبارهما أمرين منفردين ومختلفين عندما نص على أنه: (لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد...).

(٢) Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, sf. 44 Ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 137.

فوفقاً للمادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الزواج ولا يجوز إكراه أي واحد منهما على إتمام الزواج، ويعسد من قبيل الإكراه على إتمام الزواج كل شرط جزائي يلزم بتنفيذ الخطبة وإتمام الزواج. لأن مثل هذا الشرط باطل. ولكن الاعتراف بحق العدول عن الخطبة مقيد بعدم إساءة استعمال هذا الحق. فإذا أسيء استعماله وترتب على ذلك إلحاق الضرر بالطرف الآخر، كان للمتضرر حق طلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية التي يحكمها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام^(١)، استناداً للمادة (١/٢٢) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

كما يحق لكل من الخاطب والمخطوبة مطالبة الآخر عند فسخ الخطبة بالهدايا المتبادلة بينهما خلال فترة الخطبة على أساس (الإثراء بلا سبب) ووفقاً لقانونهما الوطني المشترك. فإذا رفع أي نزاع متعلق بمطالبة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين إلى محكمة أردنية، تسند المحكمة الاختصاص فيه لقانونهما الوطني المشترك بشرط أن لا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام في الأردن، وإلا يتم استبعاده تطبيقاً للمادة (٢٩) من القانون المدني التي تنص على أن: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كللت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية). كما لو كان قانونهما الوطني المشترك يجبر الطرف الممتنع عن إتمام الزواج على إتمامه أو إذا كان يلزم الملتزم بشرط جزائي بتنفيذ الخطبة وإتمام الزواج. فمثل هذا القانون يستبعد القاضي الأردني إذا تقرر تطبيقه في النزاع المتعلق بالخطبة وأثارها لأنه مخالف للنظام العام في الأردن استناداً إلى المادة (٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي تنص على أن: (لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة). فهذا الحكم من النظام العام في الأردن ولا يجوز أن يخالفه القانون الوطني لخطاب أجنبي إذا تقرر تطبيقه في النزاع المعروض على محكمة أردنية.

ب- وإذا لم يكن الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة واحدة، بل من جنسيتين مختلفتين تبرز عندئذ أهمية معرفة القانون الواجب تطبيقه على نزاعهما في المستقبل بشأن الخطبة وأثارها والهدايا المتبادلة بينهما. وقد ساق الفقهاء عدة آراء بشأن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة أهمها ما يلي:

١- تطبيق القانون الوطني للمدين على مسألة ترتب أو عدم ترتب تعويض مادي أو معنوي على الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة وإعادة أو عدم إعادة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين.

وقد انتقد هذا الرأي، لأنه يؤدي إلى استحالة حل النزاع إذا كان موضوعه طلب إعادة الهدايا المتبادلة بين الخاطبين، لأن كلا منهما يعتبر مديناً للآخر ويكون القانون الوطني لكل واحد منهما هو الواجب تطبيقه على النزاع، مما يجعل حل النزاع مستحيلاً. كما لا يوجد سبب قانوني مبرر لترجيح القانون الوطني للمدين في النزاع.

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الدودي - المرجع السابق - ص ١٠٣.

٢- تطبيق قانون الرجل:

ويذهب هذا الرأي إلى ضرورة تطبيق قانون الرجل في النزاع المتعلق بالخطبة وأثارها، وهذا ما أخذ به القانون المجري، وهو مستمد من مبدأ تطبيق قانون الزوج على عقد الزواج في حالة اختلاف جنسية الزوجين.

وقد انتقد هذا الرأي أيضاً لأنه لا يمكن تطبيق نفس المبدأ المطبق في عقد الزواج عند اختلاف جنسية الزوجين، على الخطبة عند اختلاف جنسية الخاطبين، لأن الخطبة ليست زواجا ولا يوجد أي سبب قانوني لإعطاء الاختصاص في النزاع المتعلق بها لقانون (الزوج المستقبلي).

٣- تطبيق القانون المحلي:

ويذهب هذا الرأي إلى ضرورة إعطاء الاختصاص في حل النزاع المتعلق بها، خاصة إذا كان متعلقاً بطلب التعويض عن الضرر الناتج من فسخ الخطبة على أساس الفعل الضار، إلى قانون محل وقوع الفعل الضار (Lex Loci Delicti Comissi)، وقد أخذ القانون الفرنسي بهذا الرأي.

٤- تطبيق قانون القاضي:

ويذهب هذا الرأي إلى ضرورة إخضاع النزاع في مثل هذه الحالة إلى قانون القاضي (Lex Fori)، وهذا ما أخذ به القانون الفنلندي على أساس عدم وجود سبب قانوني يبرر ترجيح قانون أحد الخاطبين في النزاع.

أما القانون المدني الأردني، فقد سككت عن هذا الموضوع ولهذا يمكن إعمال القاعدة الخاصة بالزواج من حيث الأهلية والرضا وموانع الزواج بالنسبة للانعقاد والفسخ، والقاعدة الخاصة بالفعل الضار من حيث الآثار.

ثانياً- تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية للخطبة:

إذا كان تنازع القوانين متولداً من الشروط الشكلية للخطبة، فإنه يخضع لقانون البلد الذي تمت فيه الخطبة كقاعدة عامة.

ولما كان القانون الأردني لا يفرض أي شكل معين للخطبة، وإنما تتم الخطبة عادة بإجراءات شكلية ومراسيم مختلفة في المجتمع، لذا تعتبر الخطبة صحيحة إذا حصلت وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي يقرها قانون كل من الخاطبين قياساً على حكم الفقرة (٢) من المادة (١٣) من القانون المدني الذي جاء فيها: (أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين) (١).

المطلب الثالث

القانون الذي يحكم الزواج وما يتعلق به

الزواج في الشريعة الإسلامية عقد يفيد استمتاع كل من العاقدين (الزوج والزوجة) بالآخر شرعاً طلباً للنسل. وقد جاء في القرآن الكريم قوله تعالى: (يا أيها الناس اتقوا ربكم

(١) هذا الحكم مستمد من المادتين (٦، ٧) من اتفاقية لاهاي المعقودة في ١٣ حزيران عام ١٩٠٢.

الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً^(١)، وكذلك قال تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة)^(٢).

وعرفته المادة (٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردني بأنه: (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما).

فالزواج تنظيم اجتماعي غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل بإنشاء أسرة، والأسرة هي الوحدة أو الخلية الطبيعية للمجتمع التي يقع عبء صيانتها على الدولة والمجتمع استناداً إلى القانون الداخلي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان^(٣).

ولا فرق بين الأجنبي والوطني بالنسبة لحق الزواج^(٤). إلا أن كل مجتمع يستأثر بمفاهيم عائلية وأفكار أساسية خاصة به لتنظيم الروابط الأسرية يستمدّها من أصوله الأخلاقية والدينية والاجتماعية ومثله العليا التي يستند إليها كيانه وديمومته. ولهذا تعتبر هذه الروابط العائلية من النظام العام في كل جماعة، وكل دولة تقرر شروطها الموضوعية بمقتضى نظامها القانوني ضمن طائفة الحقوق الخاصة ذات العلاقة بالنظام العام.

فرغم أن الزواج من العلاقات الخاصة التي تعقد بين الأفراد بتوافق إرادة العاقلين (الزوج والزوجة)، إلا أنه يختلف عن بقية عقود القانون الخاص من حيث تعذر التحلل من آثاره باتفاق خاص بين الزوجين أو استبعاد هذه الآثار وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة. فالمشرع في كل دولة يحمي آثاره بقواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها. ولما كانت القواعد المنظمة للزواج وآثاره وموانعه تتأثر بالعوامل الدينية والأخلاقية والاجتماعية والمثل العليا الأخرى في كل جماعة، لذا فإن أصول هذه القواعد تختلف من دولة إلى أخرى وهذا الاختلاف يؤدي إلى تباين أحكام التشريعات بشأنها في الدول المختلفة وبالتالي يؤدي إلى تنازع القوانين.

فمفهوم الزواج يختلف في قوانين دول العالم، لأن الفكرة الاجتماعية التي ينبني على أساسها الزواج تختلف من جماعة إلى أخرى، ويظهر هذا الاختلاف بمقارنة القوانين الغربية بعضها مع البعض أو بمقارنتها بقوانين الدول الشرقية. فسن الزواج في الأردن مثلاً تختلف عن سن الزواج في دولة أخرى^(٥). ولا يقتصر هذا الاختلاف على سن الزواج

(١) الآية الأولى من سورة النساء.

(٢) الآية ٢١ من سورة الروم.

(٣) تنص المادة (١٦ ج) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: (الأسرة هي وحدة المجتمع الطبيعية الأساسية ولها الحق في أن يحميها المجتمع والدولة).

(٤) تنص المادة (١٦) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: (أ- للرجال والنساء والراشدين الحق في الزواج وتكوين الأسرة، ولا تحول دون تمتعهم بهذا الحق قيود منشؤها السلالة أو الجنسية. ويستوي الرجال والنساء في الحقوق فيما يتصل بالزواج وبالحياة الزوجية وبالإفصال. ب- لا يتم الزواج إلا برضاء الطرفين رضاء حراً كاملاً).

(٥) سن الزواج في الأردن هي ١٦ سنة للذكر و ١٥ للإناث، وفي إسبانيا ١٤ سنة للذكر و ١٢ للإناث وفي ألمانيا ٢١ سنة للذكر و ١٦ للإناث وفي فرنسا ١٨ سنة للذكر و ١٦ للإناث وفي إيطاليا ١٦ سنة للذكر و ١٤ للإناث وفي سويسرا ٢٠ سنة للذكر و ١٨ سنة للإناث وفي المكسيك ١٦ سنة للذكر و ١٤ سنة للإناث وفي تركيا ١٧ سنة للذكر و ١٥ للإناث.

فقط، بل يمتد إلى شروط انعقاده وآثاره وانقضائه. ومع ذلك فقد يتشابه نظام الزواج في الدول التي تتشابه مجتمعاتها اجتماعياً ودينياً، كما في تشريعات الدول الإسلامية بصورة عامة والدول العربية بصورة خاصة، حيث تسود فيها أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للزواج وآثاره وموانعه.

ولانعقاد الزواج صحيحاً لا بد من عدم وجود مانع من موانع الزواج وإلا كان باطلاً. وموانع الزواج قد تكون متعلقة بالأسباب الدينية أو السياسية أو العرقية أو الصحية التي ترتضيها الجماعات لنفسها بحسب مثلها العليا والنظام العام فيها. ومن أهم هذه الموانع، تعدد الزوجات وتعدد الأزواج والحجر لجنون أو عته، واختلاف المذهب، كما في مذهب الكاثوليك والأرثوذكس، أو اختلاف الدين كما في الشريعة الإسلامية، حيث يجوز زواج المسلم من كتابية ولا يجوز زواج المسلمة من كتابي. وقد يكون مانع الزواج عرقياً، كما في بعض دول جنوب أمريكا، حيث يمنع الزواج من العرق الأصفر. وقد يكون المانع اختلاف الجنسية أو الحرمة بسبب القرابة أو رابطة التبني أو التغييب والفقدان. أفزوجة الغائب المفقود لا تستطيع الزواج قبل صدور قرار يقضي بموت زوجها أولاً... إلخ. فهذا الاختلاف في أسس الزواج والأهلية اللازمة لصحة انعقاده وآثاره وموانعه يؤثر تنازع القوانين.

والوقوف على أحكام تنازع القوانين المتولد من الزواج يجب التمييز بين تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية للزواج وتنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية للزواج. ويتوقف تصنيف شروط الزواج لمعرفة ما إذا كانت موضوعية أم شكلية على تكييفها وفقاً لقانون القاضي.

أولاً- تنازع القوانين المتولد من الشروط الموضوعية لصحة الزواج:

الشروط الموضوعية هي التي تتوقف صحة الزواج على تحققها، كتوافر الأهلية والرضا وصلاحية المرأة لأن تكون محلاً للعقد بأن لا تكون محرمة على من يريد الزواج بها. وفي الشريعة الإسلامية تُعد من الشروط الموضوعية أيضاً شروط اللزوم، كالمهر وتعادله وتوافر الكفاءة اللازمة للزواج.

فالقانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج هو القانون الوطني لكل من الزوجين وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٣) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (١- يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

وقد أخذ بنفس المبدأ القانون العراقي والمصري والسوري والليبي والألماني والتركي والسويسري والفرنسي والبولوني والياباني، بينما القانون الأمريكي أخضع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون محل الاحتفال^(١).

فإذا عرض نزاع مشوب بعنصر أجنبي متعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج على القاضي الأردني وكان الزوجان من جنسية أجنبية واحدة، يطبق قانونهما الوطني المشترك على النزاع ليتبين منه توافر الشروط الموضوعية المقررة فيهما أم لا

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غائب الداودي - المرجع السابق - ص ١٠٥ والدكتور جابر الراوي - المرجع السابق - ص ٨٧.

وقت انعقاد زواجهما لا وقت رفع النزاع، باعتبار أن وقت انعقاد الزواج هو الوقت الذي ينبغي اكتمال الشروط فيه.

ولكن المشرع الأردني عاد فأورد استثناء على قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين إذا كان أحدهما أردنياً وقت انعقاد الزواج بقوله في المادة (١٥) من القانون المدني: (في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج).

فالمشرع الأردني رفض في هذا النص مزاحمة القانون الأجنبي للقانون الأردني في حكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج فيما عدا شرط الأهلية للزواج، لأن الأهلية تخضع في الأردن كمقاعدة عامة لقانون الجنسية بحسب قاعدة الإسناد في المادة (١/١٢) من القانون المدني التي تنص على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...).

فطبقاً للمادة (١٥) لا يعتد بزواج أردني كتابي من امرأة مسلمة ألمانية ولو كان القانون الألماني يجيز مثل هذا الزواج. لأن اختصاص تحديد شروط صحة هذا الزواج الموضوعية هو للقانون الأردني الذي لا يجيز زواج غير المسلم من المسلمة وفقاً للمادة (١/٣٣) من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم. وإذا كان الزوج كتابياً ألمانياً والزوجة مسلمة أمريكية وقانونهما يجيز مثل هذا الزواج، فلا يعتد بعقد زواجهما في الأردن ويعتبر باطلاً لمخالفته للنظام العام ولولم يكن أحدهما من الجنسية الأردنية.

وإذا كان مبدأ إخضاع شروط صحة الزواج الموضوعية لقانون كل من الزوجين لا يثير أي إشكال إذا اتحدا في الجنسية، لأنهما سوف يخضعان لقانون واحد هو قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما، إلا أن الإشكال يظهر إذا كانا من جنسيتين مختلفتين بالنسبة لتحديد المقصود بقانون كل من الزوجين وبيان كيفية تطبيق هذه القاعدة^(١). إذ ذهب البعض إلى أن المقصود بقانون كل من الزوجين هو وجوب توافر شروط صحة الزواج الموضوعية في كل زوج وفقاً للقانونين معاً. أي أن يتم تطبيق القانونين (جمعاً) ويستوفي عقد الزواج الشروط الموضوعية المقررة في قانون الزوج والزوجة معاً. فلا ينعقد الزواج إلا إذا كان كل من القانونين يعتبر زواجهما صحيحاً، وهذا ما يجب الأخذ به في الأردن. وقد انتقد هذا الرأي باعتباره يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشدداً منهما.

وذهب البعض الآخر إلى أن المقصود بقانون كل من الزوجين هو أن تتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية الخاصة به في قانونه الوطني فقط، أي تطبيق قانون كل من الزوجين (موزعاً) وليس جمعاً، بحيث يكفي لانعقاد الزواج صحيحاً أن تتوافر في كل واحد من الزوجين الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانونه الوطني فقط دون الأخذ بنظر الاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر من شروط موضوعية.

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٠٥ والدكتور جابر الراوي - المرجع السابق - ص ٨٧.

ثانياً- تنازع القوانين المتولد من الشروط الشكلية لعقد الزواج: الشروط الشكلية لعقد الزواج، هي المراسيم والأوضاع الاجتماعية والدينية لإشهاره وإعلانه وإظهاره في المجتمع عن طريق الاحتفال به بشكل من أشكال العلنية والإشهار بأوضاع خارجية مألوفة. والشرعية الإسلامية لم تهتم كثيراً بهذه الشكلية لاعتقاد عقد الزواج كالكتابة مثلاً، بل اشترطت الإعلان والإظهار بحضور شهود على أساس أن دور الكتابة يقتصر على الإثبات فقط دون صحة الاعتقاد.

ويخضع الزواج في شروطه الشكلية لقانون محل الاحتفال به، أي قانون بلد إبرامه (Locus Regit Actum) بحسب اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٥م، ووفقاً لقوانين أغلب الدول. وقانون محل الاحتفال يحدد أيضاً ما إذا كان الزواج بالوكالة جائزاً أم لا، وكذلك يخضع إثبات الزواج لقواعد الإثبات العامة في القانون الذي يحكم الشكل للمصلحة التامة بين إنشاء العقد ومسألة إثباته.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية وإن لم يصرح المشرع بتعيين (شروط شكلية لعقد الزواج) اقتداءً بالشرعية الإسلامية، إلا أن اشتراطه ضرورة تفرغ عقد الزواج في وثيقة رسمية على يد مأذون القاضي ووجوب تسجيله في سجلات خاصة وإقراره العقوبة فقط دون البطلان على كل من يخالف ذلك، يعتبر أخذاً بالشروط الشكلية في عقد الزواج. فعقد الزواج إذا أريد إبرامه في المملكة يجب أن يتم ذلك بحضور شاهدين، رجلين أو رجل وإمرأتين. ويجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد. ويجري مأذون القاضي عقد الزواج بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة. فإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني^(١)، وبغرامة على كل منهم لا تزيد على مائة دينار^(٢).

وكل مأذون لا يسجل عقد الزواج في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات أيضاً فضلاً عن غرامة لا تزيد على مائة دينار والعزل من الوظيفة^(٣).

أما إذا كان الخاطب والمخطوبة من جنسية أجنبية واحدة أو مختلفة وطلباً من محكمة أردنية إبرام عقد زواجهما، فيمكن إبرام عقد نكاحهما بنفس الأوضاع الشكلية المقررة في القانون الأردني.

وإذا كان الخاطب والمخطوبة من الجنسية الأردنية أو كان أحدهما أردنياً وأريد إبرام عقد زواجهما داخل المملكة، فلا بد من اتباع الأوضاع الشكلية الواردة في القانون الأردني. أما في خارج المملكة، فيجوز إبرام عقد نكاحهما وفقاً للشكل المقرر في قانون

(١) انظر المواد (١٤- ١٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، والمادة (٢٧٩) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ التي تنص على أن: (يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من أجرى مراسيم زواج أو كان طرفاً في إجراء تلك المراسيم بصورة لا تتفق مع قانون حقوق العائلة أو أي قانون آخر أو شريعة أخرى ينطبق على الزوج والزوجة مع علمه بذلك).

(٢) المادة (١٧/ج) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٣) انظر المادة (١٧/ج) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

البلد الذي تم فيه^(١)، أو بمراعاة الأوضاع القانونية التي يقرها قانون كل منهما رغم المادة (١٥) التي تنص على أن: (في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج)، فيعتبر عقد الزواج المبرم في خارج المملكة صحيحاً من حيث الشكل ولولم يتبع فيه الشكل المقرر في القانون الأردني. لأن قاعدة الإسناد في القانون المدني لم تشترط في هذه الحالة وجوب اتباع الشكل المقرر في القانون الأردني حصراً، وإنما نصت الفقرة (٢) من المادة (١٣) منه على الآتي: (أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين)^(٢).

ووفقاً لقانون الأحوال الشخصية الأردني يمكن أن يعقد الأردنيون عقد زواجهم في الخارج أمام قناصل المملكة بالشكل الذي تتم به الزيجات في الأردن، على أن تفرغ هذه الزيجات في وثائق رسمية وتسجل في سجلات خاصة^(٣). ولكن في اعتقادنا أن اختصاص القنصل الأردني في إجراء عقد الزواج خارج المملكة لا يقتصر على شرط كون الخاطب والمخطوبة من الجنسية الأردنية فقط، بل يشمل حالة كون الخاطب أردنياً والمخطوبة أجنبية من جنسية نفس الدولة المعتمد لديها القنصل أو من جنسية دولة أخرى أو عديمة الجنسية، بينما ليس له إبرام عقد زواج الأجانب أو عقد زواج أردنية وخاطب أجنبي. وبالمقابل لقناصل الدول الأجنبية في المملكة الأردنية الهاشمية اختصاص إبرام عقد زواج رعاياهم بالأوضاع المقررة في قوانين دولهم بشرط أن يكون الخاطب والمخطوبة من جنسية دولة القنصل أو أن يكون الخاطب من جنسية دولة القنصل والمخطوبة من الجنسية الأردنية أو من جنسية دولة أجنبية أو عديمة الجنسية.

القانون الذي يحكم آثار الزواج:

إذا وقع عقد الزواج صحيحاً باستيفاء الشروط الموضوعية طبقاً لقانون كل من الزوجين والشروط الشكلية طبقاً للقانون المختص أنتج آثاره. فأي قانون يحكم هذه الآثار؟ إن الفقرة الأولى من المادة (١٤) من القانون المدني الأردني أجابت على هذا التساؤل بقولها: (يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال). فالقانون الواجب تطبيقه في آثار الزواج الشخصية والمالية بما فيها نفقة الزوجة هو قانون الدولة التي يتمتع الزوج بجنسيتها وقت انعقاد الزواج بوصفه رب العائلة ولو تغيرت جنسيته بعد الزواج أو كانت جنسيته تختلف عن جنسية زوجته أو تتحد معها ما لم

(١) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم ١٩٧٥/١٥٧ المنشور في مجلة نقابة المحامين، السنة ٢٤ العدد الأول والثاني ص ١٨٩ والذي جاء فيه ما يلي: (وحيث أن ملف الدعوى يبيد أن عقد زواج الطرفين المتداعيين تم بالشكل المدني وفق قانون البلد الذي أبرم فيه بين زوجين أحدهما أردني، فإن الزواج يعتبر صحيحاً من حيث الشكل لا باطلاً).

(٢) استمد المشرع الأردني هذا الحكم من المادتين (٦، ٧) من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٠٢م وأخذت به تشريعات أغلب الدول.

(٣) انظر المادة (١٧) (و) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

يكن هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، وهذا هو الحل الذي تبنته اتفاقية لاهاي في البروتوكول الإضافي لعام ١٩٢٥م. وأثر الزواج التي يحكمها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج تنقسم إلى قسمين:-

١- الآثار الشخصية:

وهي الآثار التي تتصل بالزوجين في علاقاتهما الشخصية وما يترتب عليهما من حقوق وواجبات متبادلة، كالطاعة والنفقة وحسن المعاشرة والإخلاص والمعاملة بالمعروف والمساكنة. فهذه الآثار الشخصية للزواج تخضع لقانون الدولة التي يتمتع الزوج بجنسيتها وقت انعقاد الزواج.

٢- الآثار المالية:

وهي ما يعبر عنها في بعض الشرائع بالنظام المالي للزوجين الذي يبين واجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات هذه الأموال وإدارتها والانتفاع بها، ويعطى للزوج حق إدارتها في قوانين بعض الدول خلافاً لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقر مبدأ الاستقلال المالي للزوجين. وكذلك نفقة الزوجة تعتبر من الآثار المالية لعقد الزواج.

فهذه الآثار المالية للزواج أخضعتها المادة (١٤/١) من القانون المدني الأردني لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وقت انعقاد الزواج ما لم يكن هذا القانون مخالفاً للنظام العام والآداب في الأردن.

كما أنه إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، فإن القانون الذي يسري على آثار الزواج "الشخصية والمالية" هو القانون الأردني وحده، سواء أكان الزوج أردنياً والزوجة أجنبية أو الزوجة أردنية والزوج أجنبياً، وذلك تطبيقاً للمادة (١٥) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج).

القانون الذي يحكم انتهاء الزواج:

ينتهي عقد الزواج عادة بالوفاة أو بالطلاق أو بالتفريق أو بالبطلان أو بالانفصال الجسماني. فهو قد ينتهي بوفاة أحد الزوجين ولا يثير ذلك تنازعا بين القوانين. وقد ينتهي بالطلاق إرادياً من قبل الزوج، أو بالتفريق بحكم قضائي لأسباب محددة في القانون بناءً على طلب الزوج أو الزوجة، أو بالبطلان عند تخلف شرط من الشروط التي فرضها القانون لصحة الزواج. أما الانفصال الجسماني فهو نظام تقره القوانين الغربية، كما في فرنسا وإنكلترا وألمانيا وأمريكا ويؤدي إلى انقطاع التعايش وانفصال الحياة المشتركة بين الزوجين دون أن يترتب على ذلك انتهاء الزوجية في الحال إلا بعد مضي مدة معينة على الانفصال وصدر قرار قضائي بذلك.

فمثلاً يعتبر الانفصال الجسماني المستمر لخمس سنوات مبرراً للطلاق النهائي بحكم يصدر من المحكمة في قانون الطلاق الإصلاحي البريطاني لعام ١٩٦٩، ولأهمية الانفصال الجسماني فقد عالجه مؤتمر لاهاي عام ١٩٦٥^(١).

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٨٤ والدكتور حسين الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١١٢.

وانتهاء الزواج بالوفاة لا يثير أية مشكلة أو تنازع قوانين كما ذكرنا، في حين أن الأسباب الأخرى لانتهاء الزواج، كالتفريق والبطلاق والانفصال الجسماني، تثير تنازعا واضحا بين القوانين لاختلاف الأحكام في التشريعات. فالطلاق في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية الأردني مرهون بإرادة الزوج كقاعدة عامة^(١). وفي قوانين دول أخرى يتوقف على صدور قرار من المحكمة ولأسباب محددة، وفي قوانين دول أخرى يحرم الطلاق ولا يسمح بإيقاعه نهائيا. فالزوج الذي يجيز قانونه الوطني الطلاق يستطيع إيقاعه والتحرر من العلاقة الزوجية في حين يبقى الزوج الثاني الذي لا يجيز قانونه الوطني الطلاق مقيدا بالرابطية الزوجية، وهذا ما حصل في قضية (فيراري)^(٢). فما هو القانون الذي يحكم الطلاق والتطليق والانفصال الجسماني؟

تشريعات كثيرة تخضع انتهاء الزواج بالطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق، والتفريق والانفصال الجسماني لقانون الزوج وقت رفع الدعوى، ومنها القانون المدني الأردني الذي تنص الفقرة الثانية من المادة (١٤) منه على مايلي: (أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى).

وينقد هذا النص على أساس أنه عندما يقضي بتطبيق قانون دولة الزوج في الطلاق وقت إيقاعه وقانون دولته وقت رفع الدعوى في التطليق والانفصال، فإنه يضر بالحقوق المكتسبة للزوجة التي ارتبطت بالزوج في ظل قانون الدولة التي كان الزوج متمتعاً بجنسيتها وقت انعقاد الزواج وهو لم يكن يسمح بالطلاق أو بالتطليق والانفصال، بينما إذا غير الزوج جنسيته تلك بعد الزواج واكتسب جنسية جديدة يجيز قانونها الطلاق أو التطليق والانفصال، يستطيع إيقاع الطلاق والتخلص من زوجته. ولذلك كان من الأفضل أن ينص المشرع الأردني على حكم انتهاء الزواج بالطلاق أو بالتطليق أو بالانفصال وفقاً لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج لا وفقاً لقانونه وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى حفاظاً على الحقوق التي تكتسبها الزوجة وفقاً لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج وتحقيقاً للعدالة^(٣).

ويستثنى من الحكم المذكور في المادة (٢/١٤) من القانون المدني الأردني المتضمن إخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق، والتطليق والانفصال لقانون الزوج وقت رفع الدعوى إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج. إذ تكون العبرة عندئذٍ بالقانون الأردني وحده تطبيقاً للمادة (١٥) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه:

(١) انظر المادة (٨٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م.

(٢) تتلخص وقائع هذه القضية بأن شابة فرنسية تزوجت من (فيراري) الإيطالي الجنسية ولم يكتب لهذا الزواج النجاح فطلبت الزوجة من القضاء الفرنسي الحكم لها بالطلاق ولبت المحكمة طلبها إستناداً إلى توافر شروط الطلاق وفق القانون الفرنسي وحكمت لها بالطلاق رغم أن القانون الوطني لفيراري -وهو القانون الإيطالي- كان يمنع إيقاع الطلاق مما أدى إلى طلاق الزوجة بمقتضى قانون جنسيتها واسترداد حريتها في الزواج من آخر، بينما بقي (فيراري) مقيدا بهذا الزواج لأن قانون جنسيته وهو القانون الإيطالي كان يمنع الطلاق وبالتالي حرم عليه الزواج مرة أخرى (انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١١٣).

(٣) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٨٥ والدكتور جابر إبراهيم الراوي - المرجع السابق - ص ٩٤.

(في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج). ويشترط أيضاً ألا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام والآداب في الأردن، وإلا يتم استبعاد تطبيقه وفقاً للمادة (٢٩) من القانون المدني.

المطلب الرابع

القانون الذي يحكم النسب

النسب هو الرابطة القانونية التي تربط الشخص بأصله وتولد الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، كالنفقة والحضانة وحق التربية والتأديب والولاية. وقد يكون النسب من جهة الأب (الأبوة) وقد يكون من جهة الأم (الأمومة).

والنسب قد يكون صحيحاً مترتباً على زواج صحيح، وقد يكون غير صحيح مترتب على علاقات جنسية بين رجل وامرأة خارج الزوجة الصحيحة، وقد يكون صناعياً مترتباً على رابطة التبني.

وبما أن المفهوم الذي تأخذ به التشريعات للنسب يختلف بحسب اختلاف نظرة كل جماعة إليه، لذا فإن القوانين تتنازع في حكمه مما يتطلب تسليط الضوء على أسس تحديد القانون الذي يحكم التنازع المتولد من النسب الصحيح والنسب غير الصحيح والنسب الصناعي وموقف القانون الأردني من كل ذلك بصورة خاصة.

ولما كان النسب رابطة قانونية تربط الفرد بوالديه، فقد اعتبره الفقه والقضاء في أغلب الدول من عناصر "الحالة الشخصية" مما يجب إخضاعها للقانون الشخصي. لأن للنسب ارتباط وثيق بتنظيم العائلة وحمايتها، وهذه الحماية لا يحققها إلا القانون الشخصي. ولكن القانون الشخصي لمن. للزوج أم للزوجة أم للولد. وفي أي وقت، وهل عند ولادة الولد أو عند رفع النزاع؟.

للجواب على كل هذه التساؤلات، لا بد لنا من التمييز بين التنازع الذي يحصل بسبب النسب الصحيح والنسب غير الصحيح والنسب الصناعي كالآتي:

أولاً- القانون الذي يحكم النسب الصحيح (البنوة الشرعية)

النسب الصحيح يترتب على الزوجية الصحيحة، سواء أكان ذلك ثابتاً ومقراً به عند الولادة أم تم تصحيحه لاحقاً بعد الولادة وفقاً لأحكام القانون.

فالبنوة شرعية كانت أم غير شرعية تعتبر من الأحوال الشخصية ويحكمها القانون الشخصي. فإذا كان الأب والأم والطفل من جنسية واحدة، لا إشكال في الموضوع. لأن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة على دعوى إثبات النسب هو قانون جنسيتهم المشتركة بشرط ألا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي.

أما إذا كانت جنسياتهم مختلفة، فقد تباينت الآراء بشأن القانون الواجب تطبيقه في النسب ومتعلقاته، كدعوى إثباته والإقرار به وإنكاره وتصحيحه والمدة المحددة للإدعاء به. بحيث يرى البعض لزوم تطبيق قانون الدولة التي يتمتع الأب بجنسيتها وقت انعقاد الزواج، لأن النسب بقدر ما هو متعلق بحالة الطفل، فإنه متعلق بحالة الأب أيضاً باعتباره يولد الرابطة القانونية التي تربطهما ببعضهما مما يجب عدم التضحية بحالة الأب من أجل حالة الطفل. خاصة أن البنوة أثر من آثار الزواج التي يحكمها قانون الزوج (الأب) وقت انعقاد

الزواج^(١). وقد أخذ بهذا الرأي القانون المدني العراقي^(٢) والألماني والإيطالي والسويسري والتركي والياباني والصيني.

ويذهب رأي آخر إلى لزوم تطبيق قانون الأب وقانون الولد جميعاً. وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن له قيمة نظرية فقط لكنه غير عملي^(٣).

ويرجح البعض الآخر تطبيق قانون الإبن على أساس أن النسب عنصر من عناصر حالته الشخصية مما يجب إخضاعه لقانون الدولة التي تمتع بجنسيتها يوم ميلاده بغض النظر عن أي تغيير لاحق في هذه الجنسية بعد ولادته بشرط ألا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي، وقد أخذ القانون البولوني بهذا الرأي.

ولعدم ورود نص في القانون المدني الأردني بخصوص تحديد القانون الواجب تطبيقه على المسائل الخاصة بالنسب، فإننا نعتقد بأن النسب بوصفه أثراً من آثار الزواج يجب إخضاعه لقانون الدولة التي ينتمي إليها (الأب) - الذي يراد إثبات النسب إليه - وقت انعقاد الزواج بالنسبة للإقرار بالبنوة أو إنكارها أو إثباتها والحالات التي تسمع فيها دعوى النسب تطبيقاً للمادة (١٤/١) من القانون المدني الأردني التي أخضعت آثار الزواج لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج بقولها: (١) - يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يترتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال). ولكن بشرط عدم مخالفة هذا القانون للنظام العام والآداب في الأردن، وإلا يتم استبعاد تطبيقه وفقاً للمادة (٢٩) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

أما ما يترتب على ثبوت البنوة الشرعية من مسائل موضوعية خاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية، فإنه يخضع لقانونهم الشخصي وفقاً للمادة (١٧) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والمغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته).

ثانياً - القانون الذي يحكم البنوة غير الشرعية:

المقصود بالبنوة غير الشرعية هو ولادة طفل خارج العلاقة الزوجية الصحيحة وانتسابه إلى والدته دون والده. ففي بعض التشريعات تترتب فيها الواجبات على الأم، كما في القانون الألماني. وفي تشريعات أخرى تترتب الواجبات على الأب استناداً إلى آثار الفعل غير المشروع، كما في القانون الفرنسي، وعندئذ يخضع النزاع بشأن هذا الفعل غير المشروع إلى قانون بلد وقوعه. وفي دول أخرى يُسند حكم النزاع المتعلق بالبنوة غير

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 202

(٢) تنص المادة (١٩/٤) من القانون المدني العراقي على أن: (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات، ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الزوج).

(٣) انظر Sevig, Devletler Hususi Hukuku. 2 B. C. 1. sf. 416, Mustafa Resit Belgesay, Babalik Davasi Ve ihtilafi Kavanin (ist. Bar. Mec. 1932. sy 5- sf 193 ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 203.

الشرعية إلى قانون جنسية الإبن بالنظر لتكييفها على أنها من مسائل الأحوال الشخصية. وفي القانون التركي يخضع النزاع المتعلق بنسب المولود غير المشروع من جهة الأم لقانون الأم، ومن جهة الأب لقانون الأب^(١). وهكذا اختلفت الحلول التي أخذت بها التشريعات، وأرجحها هو الاتجاه الذي يقضي بتطبيق قانون جنسية الإبن.

كما اختلفت التشريعات في جواز أو عدم جواز تصحيح النسب في هذه الحالة وطريقة التصحيح، بحيث أجاز بعضها تصحيح النسب غير الشرعي عن طريق الزواج اللاحق بالأم، كما في القانون السويسري والفرنسي والبرازيلي والتركي، وبهذا الزواج يصبح الولد غير الشرعي شرعياً. بينما لا يجيز بعضها الآخر تصحيح النسب إلا بعد إثباته أو الإقرار به وصدور قرار بذلك من المحكمة، كما في العراق.

وبالنسبة للقانون الأردني لم يتضمن أي نص بشأن القانون الواجب تطبيقه على النزاع المتعلق بالبنوة غير الشرعية وتصحيح النسب في القضايا المشبوبة بعنصر أجنبي، وعليه نرى وجوب تطبيق قانون جنسية الإبن بشرط عدم مخالفته للنظام العام أو الآداب في الأردن^(٢).

ثالثاً- القانون الذي يحكم النسب الصناعي المترتب على رابطة التبني:

التبني نظام قانوني يقصد به تقليد الطبيعة ومحاكاتها في خلق رابطة الأبوة مجازياً عن طريق القياس على رابطة الأبوة الطبيعية المترتبة على النسب الصحيح، وقد عرفتة بلاد ما بين النهرين في عهد البابليين وكذلك عرفه القانون الروماني والعرب في الجاهلية وتقره حالياً قوانين بعض الدول، مثل تونس وبلغاريا وتشيلي والاكوادور والأرجنتين والنمسا وبولونيا وروسيا وتركيا. بينما رفضته الشريعة الإسلامية بآيات قرآنية. وترفضه قوانين هولندا وهاييتي وهندوراس وكولومبيا والمكسيك وأمريكا ونيكاراغوا وبيرو والبرتغال والسلفادور والدول الإسلامية عامة عدا تركيا، والدول العربية خاصة عدا تونس^(٣).

فقواعد التبني في قوانين الدول التي أقرت نظام التبني تختلف من دولة إلى أخرى مما يثير التنازع بين التشريعات ولا بد من تعيين القانون الواجب تطبيقه لحل هذا التنازع. علماً أن الآراء قد اختلفت بشأن القانون الواجب تطبيقه على رابطة التبني كالآتي:

- ١- قانون المتبني.
- ٢- قانون المتبني.
- ٣- قانون كل من المتبني والمتبني (التطبيق الجامع).

(١) انظر Prof. Dr. Aysel Celikel, ve Prof. Dr. Cemal Sanli, Turk Milletlerarsi Ozel

hukuk Mevzutai, 8. Basi. Beta Basim. A. S. Istanbul, 1998- sf.11.

(٢) بحسب المادتين (١٤٧ و ١٤٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني تسمع دعوى النسب في بعض الحالات ولا تسمع في حالات أخرى. وحسب المادة (١٤٩) منه يجوز الإقرار بالبنوة لمجهول النسب ولو في مرض الموت عند تحقق بعض الشروط.

(٣) انظر Feyzioglu - Doganay - Aybay, Medeni Hukuk Dersleri. Birinci Cilt. 3 Basi. Istanbul/1976. sf. 301. وبحسبنا - الآثار القانونية للتبني والضم في قوانين الأحداث والأحوال الشخصية والجنسية العراقية المنشور في مجلة القانون المقارن. العدد الخامس عشر. السنة العاشرة ١٩٨٣ - ص ٥٥-٥٦.

٤- قانون كل من المتبني والمتبني (التطبيق الموزع).
وبما أن المشرع الأردني لم يعترف بنظام التبني، فإنه لم يورد قاعدة إسناد خاصة به في القانون المدني، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي في نزاع متعلق بالتبني في الأردن فإن أحكام هذا القانون لا تطبق وفقاً للمادة (٢٩) من القانون المدني بسبب مخالفتها للنظام العام في المملكة الأردنية الهاشمية.

المطلب الخامس القانون الذي يحكم النفقة

النفقة أثر من آثار الزواج والنسب وتعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ويقوم مفهومها على أساس أن الأفراد الذين ينتسبون إلى عائلة واحدة يجب أن ينفق بعضهم على البعض وقت العوز والضييق والضرورة بشكل نفقة بين الأصول والفروع وبين الزوج والزوجة وبين الأقارب. فيلتزم الزوج بالإنفاق على زوجته وأولاده. غير أن القرابة الموجبة للنفقة تختلف عليها في قوانين دول العالم. فقد تجب النفقة للفروع على الأصول أو للأصول على الفروع أو لأحد الزوجين على الآخر أو فيما بين ذوي الأرحام أو للمطلقة على المطلق. وتكاد تتفق التشريعات المختلفة على التزام الآباء بالإنفاق على الأبناء والتزام الزوج بالإنفاق على الزوجة. بينما الاتفاق غير حاصل على وجوب النفقة بين الأشقاء، حيث لا تقرها قوانين فرنسا وألمانيا وبلجيكا وهولندا، بينما تقرها قوانين إيطاليا وإسبانيا والبرتغال وسويسرا ضمن شروط معينة.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م فقد أقر نفقة الزوجة على الزوج^(١) كأثر من آثار الزواج، ونفقة الأبناء على الآباء^(٢) ونفقة الوالدين الفقيرين على الولد الموسر ذكراً أم أنثى^(٣) ونفقة القريب الفقير بشروط معينة كأثر من آثار النسب^(٤). فلا ي قانون تخضع النفقة؟ هل تخضع لقانون المدين بها أم لقانون الدائن بها؟.

للجواب على ذلك نقول: بما أن النفقة بين الأقارب أثر من آثار النسب، فتعتبر من الحقوق الغائلية ومسألة من مسائل الأحوال الشخصية التي يحكمها قانون الجنسية إذا كان المدين والدائن بها من جنسية دولة واحدة. أما إذا لم يكونا من جنسية دولة واحدة، فقد اختلفت الآراء حول القانون الواجب تطبيقه عليها. فهناك من يرى لزوم تطبيق قانون الدائن بالنفقة لأن الغاية منها هي حماية مستحقها وهذه الحماية لا تتحقق إلا بقانون الشخص الذي يطالب بها^(٥). وبحسب رأي آخر يحكمها قانون القاضي لعدم وجود سبب معقول لترجيح قانون المدين أو الدائن بها. وبحسب رأي آخر يحكمها قانون المدين بها، وقد أخذ القانون الأردني والعراقي والمصري والتركي والصيني بالرأي الأخير. إذ تنص

(١) راجع المادة (١٦٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢) راجع المادة (١٦٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٣) راجع المادة (١٧٢/أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٤) راجع المادتين (١٧٣ و ١٧٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٥) انظر Prof. Dr. Osman Berki, sf. 277 ve Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. Kanunlar Ihtilafi, sf. 67.

المادة (١٦) من القانون المدني الأردني على مايلي: (يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها). وهذا يعني أن مبدأ تطبيق قانون المدين بالنفقة مقصور على نفقة الأقارب فقط باعتبارها من آثار النسب دون نفقة الزوجة التي تنظمها أحكام الفقرة (١) من المادة (١٤) من القانون المدني باعتبارها من آثار الزواج^(١).

المطلب السادس

القانون الذي يحكم الميراث والوصية

بالميراث والوصية ينتقل كل أو جزء من أموال وممتلكات المتوفى إلى الورثة. فالميراث كما كان في القانون الروماني وفي الوقت الحاضر على نوعين: الأول هو الميراث الذي يترتب على الوفاة وفقاً لقانون الميراث ويسمى (الميراث القانوني)، والثاني هو الميراث الذي يقرره الموصي قبل وفاته للموصى له بتصريف مضاف إلى ما بعد الموت ويسمى (الوصية). ولذلك قد يظهر التنازع في الإرث بين قانون المورث وقوانين الورثة وقانون موقع المال في التركة. وفي الوصية قد يظهر التنازع بين قانون الموصي وقانون الموصى له وقانون محل عمل الوصية، ولا بد من اختيار قانون واحد من بين هذه القوانين لحكم النزاع.

فلحل تنازع القوانين هذا وتحديد القانون المختص فيه لا بد من شرح أحكام الميراث القانوني والميراث بالوصية بشيء من الإفاضة.

الفرع الأول

القانون الذي يحكم الميراث

ان القانون الواجب تطبيقه على النزاع المتولد من الميراث القانوني مختلف عليه واقتُرحت ثلاثة حلول بشأنه كالآتي:

١- تطبيق القانون الشخصي للمتوفى:

فوفقاً لهذا الاتجاه يجب تطبيق القانون الشخصي للمتوفى على ميراثه كوحدة لا تتجزأ (Lex Personalis Defunoti)، ولكن هذا يؤثر التساؤل عن المعيار الذي يتحدد به القانون الشخصي للمتوفى. هل يتم تحديده وفقاً لمعيار الجنسية أم معيار محل الإقامة؟.

مال بعض الفقهاء مثل (نيبويه Niboyet) إلى وجوب تحديد القانون الشخصي للمتوفى في هذه الحالة بقانون محل إقامته على أساس أن الميراث لا يتعلق بالأهلية ولا بالأحوال الشخصية، ولهذا لا يجوز إخضاعه لقانون الجنسية. وقد أخذت قوانين عدة دول بهذا المبدأ مثل قوانين الأرجنتين والبرازيل وسويسرا^(٢) والولايات المتحدة الأمريكية ودول جنوب أمريكا والدنمارك والنرويج.

وذهب آخرون مثل (دي مارتنس De Martens) إلى وجوب تحديد القانون الشخصي للمتوفى بقانون جنسيته. أي قانون الدولة التي يتمتع المتوفى بجنسيتها على

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ ص ٤٦ والصفحة ١٦٧ من الكتاب.

(٢) انظر De Martens, Traite de Droit International, 1887, C. 11. sf. 454 Prof. Dr. Osman Berki den Naklen. sf. 244.

أساس ان الميراث من الحقوق العائلية. وقد أخذت قوانين عدة دول بهذا المبدأ، مثل الأردن وسوريا ومصر وليبيا وألمانيا والصين وإيطاليا واليابان وبولونيا واليونان^(١).

٢- تطبيق قانون جنسية المتوفى على ميراثه المنقول وقانون موقع المال على ميراثه غير المنقول:

هذا المبدأ يميز بين الميراث المنقول والميراث غير المنقول، بحيث يوجب تطبيق قانون الدولة التي يتمتع المتوفى بجنسيتها على النوع الأول وقانون دولة موقع المال على النوع الثاني، وقد أخذت قوانين عدة دول بهذا المبدأ، مثل العراق وتركيا^(٢) والنمسا وبلجيكا وبلغاريا والمجر ورومانيا. وهنا قد يتعدد القانون المختص بتعدد الدول التي يوجد فيها أي مال غير منقول يعود للمتوفى^(٣).

بينما يقرر القانون الفرنسي وقانون مقاطعة كيبيك في كندا إخضاع التركة غير المنقولة لقانون موقعها والتركة المنقولة لقانون آخر محل إقامة للمتوفى^(٤).

٣- تطبيق القانون المحلي:

ويذهب هذا المبدأ إلى تطبيق القانون المحلي على الميراث المنقول وغير المنقول، وقد أخذت بهذا المبدأ اتفاقية مونتفيدو لاتحاد جنوب أمريكا عام ١٨٨٩م، والمادة (٢٧) من القانون المدني الليبي.

وفي الأردن أخضعت الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون المدني الميراث بصورة عامة من الناحية الموضوعية لقانون جنسية المورث وقت موته، سواء أكان المورث أردنيا أم أجنبيا، كتعيين الورثة ونصيبهم في التركة وأسباب الحرمان من الميراث والحجب وشروط الاستحقاق بقولها: (يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته). فالعبرة هنا بقانون الدولة التي يتمتع المورث بجنسيتها وقت موته بصرف النظر عن اختلاف جنسيات الورثة.

ولكن بالنسبة للأموال غير المنقولة في الميراث يوجد نص خاص هو المادة (٩) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ التي تنص على أن: (المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة تقرر في جميع الأحوال حقوق وراثية الأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن بمقتضى أحكام قوانين شرق الأردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة...).

فبمقتضى المادة (١/١٨) من القانون المدني والمادة (١/٤) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين تخضع الأموال المنقولة في تركة المتوفى لقانون بلاده. أي لقانون

(١) انظر Prof. Osman Berki, Miras ve Vasiyete Tatbik Edilecek Kanun (Ank Huk. Fak. Der. 1944. say. 4. sf. 436)

(٢) وقد أخذت جميع الاتفاقيات التي عقدتها تركيا مع الدول الأخرى بعد انهيار الامبراطورية العثمانية بهذا المبدأ، منها الاتفاقية العدلية المرتبطة بمعاهدة لوزان لسنة ١٩٢٣ والاتفاقية القنصلية التي عقدتها مع أرمينيا وأذربيجان وكورجستان عام ١٩٢٢، والاتفاقية القنصلية التي عقدتها مع ألمانيا عام ١٩٢٧.

(٣) انظر Prof. Dr. Osman Berki, Kanuni Miras Ve Olume Bagli Tasarruflardan Dogan Kanun ihtilaflari, Ankara. 1960. sf.15.

(٤) انظر الدكتور آدمون نعيم -المرجع السابق- ص ٨٥.

الدولة التي يتمتع بجنسيتها على أن لا يكون هذا القانون مخالفاً للنظام العام في الأردن، كما لو كان يمنع التوارث بسبب الجنس أو الدين أو اللون، أو يجيز للقاتل بأن يرث مورثه الذي قتله، أو يحرم البنات من الإرث، وإلا يتم استبعاد تطبيقه استناداً إلى المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

أما بالنسبة للأموال غير المنقولة في التركة الواقعة في الأردن، فتد على قاعدة تطبيق قانون المورث وقت موته المنصوص عليها في المادة (١/١٨) الاستثناءات التالية:

١- تخضع التركة غير المنقولة الواقعة في الأردن وفقاً للمادة (٩) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأنف الذكر للقانون الأردني المطبق على المسلمين، ولا تعارض في ذلك بين النصين المذكورين، لأن المادة (١/١٨) من القانون المدني حكم عام والمادة (٩) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين حكم خاص، والحكم الخاص يقيد العام ويسري استثناء منه، سواء أكان سابقاً أم لاحقاً له، حيث تنص المادة (٢٤) من القانون المدني على أن: (لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها) سواء أكان سابقاً أم لاحقاً له.

٢- تخضع المسائل المتعلقة بالإجراءات والتقاضى في دعوى الميراث، كتحديد التركة وتعيين مديرها، والحجز والحراسة القضائية وتبليغ الأوراق القضائية... إلخ، لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، تطبيقاً للمادة (٢٣) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (يسري قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضى)، وذلك لاتصال هذه الإجراءات وتلك القواعد بالنظام العام^(١).

٣- بما أن الميراث من مصادر الملكية والملكية من النظم القانونية المهمة في الدولة، لذا فإن الأجنبي يجب أن لا يتساوى في تملك العقارات بالإرث أو بآية طريقة أخرى مع الوطني^(٢).

(١) تمييز حقوق رقم ٣٩٣/٩٤ ص ٩٦٥.

(٢) تنص المادة (١/٢٢) من القانون المدني العراقي على أن: (المختلف الجنسي غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه). كما أن المادة (١١٩٩) من القانون المدني العراقي اعتبرت اختلاف الدين والجنسية مانعاً من ثبوت حق الانتقال في الأراضي الأميرية. وتنص المادة (٢/١٩١) من قانون التسجيل العقاري على أنه: (إذا كان جميع أصحاب الانتقال من غير العراقيين فتعتبر الأرض الأميرية منحلة وتسجل باسم وزارة المالية). وتنص المادة (١٨) من الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ على أن التملك العقاري محظور على غير العراقيين إلا ما استثنى بقانون. ويحدد قانون التسجيل العقاري ملكية الأجنبي للعقار في العراق بدار واحدة للسكن ومختلاً واحداً للعمل. وإذا كان تملك الأجنبي للعقار في العراق عن طريق الإرث، يشترط اتحاد الدين. وفي لبنان تنص المادة (٢٣١) من قانون الملكية العقارية على أن: (لا يكون للأجنبي حق بالإرث أو بالوصية في التركة العقارية إلا إذا كانت قوانين بلاده تبادل اللبنانيين هذا الحق وتخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده).

وعلى الرغم من سكوت القانون المدني عن حدود تملك الأجنبي للعقار بالإرث، فإن قانون المقاطعة الاقتصادية وحظر التعامل مع العدو رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ منع السماح لأي شخص أجنبي طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية إحدى الدول العربية أن يشتري أو يستأجر أو يملك بشكل مباشر أو غير مباشر أية أموال غير منقولة في المملكة إلا بتوافر بعض الشروط، منها ألا تحظر تشريعات أو ممارسات الدولة التي يحمل طالب التملك أو الاستئجار جنسيتها تملك الأردنيين أو استئجارهم للأموال غير المنقولة فيها، وأن يحصل على موافقة مجلس الوزراء. ويحظر تملك الأشخاص المعنويين الأجانب الأموال غير المنقولة في الأردن لغايات الاستثمار الزراعي، سواء أكانوا مسجلين في المملكة أو غير مسجلين وبغض النظر عن غايات الشخص المعنوي^(١). هذا بالإضافة لما ورد في قانون تصرف الأشخاص المعنويين في الأموال الغير منقولة رقم ٦١ لسنة ١٩٥٣.

كما أن محكمة العدل العليا سبق أن حددت في قرارها رقم ١٩٣/٨/١ ما يمكن أن يملكه الأجنبي من العقارات في الأردن بأي وسيلة كانت، بحاجة سكنه وممارسة أعماله. أي دار واحدة للسكن ومحل واحد لأعماله إن كان له عمل في الأردن. ميراث من لا وارث له:

لا بد من التمييز بين تركة من لا وارث له وبين التركة المتروكة من حيث تعيين القانون الواجب تطبيقه عليهما. فالتركة بلا وارث هي التركة المنحلة بلا وارث، بينما التركة المتروكة يوجد فيها ورثة ولكنهم لا يكونون في وضع يمكنهم من المطالبة بها. وقد اختلفت الاتجاهات المأخوذ بها بخصوص القانون الواجب تطبيقه فيهما كالآتي:

١- قوانين بعد الدول تعتبر الدولة وارثاً للمتوفى الذي لا وارث له من الدرجات المطلوبة للقرابة. فالدولة وارث من لا وارث له في هذه الحالة ولا يمكن القول بأن التركة بلا وارث، لأن الدولة تحوز صفة الوارث وتضع يدها على التركة بصفتها وارثاً لمن لا وارث له، كما في القانون الألماني.

ولما كانت صفة الوارث للدولة هنا غير ناتجة عن ناموس طبيعي، فذلك يقتصر حق الدولة على أموال التركة الموجودة فعلاً في إقليمها، منقولة كانت أو غير منقولة ولا يمتد إلى أجزاء أخرى من التركة موجودة في أقاليم دول أخرى.

٢- قوانين دول أخرى تخول الدولة وضع يدها على تركة من لا وارث له لا بوصفها وارثاً لمن يتوفى في إقليمها بلا وارث، بل بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة، فتؤول إليها أموال التركة الموجودة في إقليمها بهذه الصفة ولو صرح قانون دولة المتوفى بخلاف ذلك، لأنها بلا صاحب. فحق الدولة هنا هو عبارة عن استيلاء، كما في القانون الفرنسي والتركي والإنكليزي والعراقي^(٢) وقوانين جميع الدول الإسلامية^(٣).

(١) انظر المواد (٦ و ٧ و ٨) من قانون المقاطعة الاقتصادية وحظر التعامل مع العدو رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ المنشور في العدد ٤٠٢ من الجريدة الرسمية في ١٦/٨/١٩٩٥.

(٢) تنص المادة (٢٢/ب) من القانون المدني العراقي على أن: (الأجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك)، بينما ينص الشق الأخير من المادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن: (تعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له).

(٣) انظر Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, sf. 72

وفي المملكة الأردنية الهاشمية تنص المادة (١٨١/ج) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: (إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف العامة).

فالأجنبي الذي يتوفى بلا وارث تتول أمواله المنقولة وغير المنقولة الموجودة في الأردن إلى وزارة الأوقاف حتى لو كان قانون دولته ينص على خلاف ذلك، حماية للثروة الوطنية. ولكن وفق أي قانون يحدد وجود أو عدم وجود وارث للمتوفى؟ للجواب على ذلك نقول: أن القانون الوطني للمتوفى (قانون المورث وقت موته) هو الذي يحدد وجود أو عدم وجود وارث له تطبيقاً للمادة (١/١٨) من القانون المدني الأردني.

الفرع الثاني

القانون الذي يحكم الوصية

عرفت المادة (١١٢٥) من القانون المدني الأردني الوصية بأنها (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ويكسب الموصى له بها المال الموصى به بدون عوض). وفي بعض الدول يمنع عمل وصية نهائياً، كما في روسيا.

وكأي تصرف قانوني آخر، لا بد من أن تستوفي الوصية شروطها الموضوعية والشكلية، ورغم أن الصفة المالية هي التي تغطي في الوصية، إلا أنها تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية الخاضعة لقانون الدولة التي يتمتع الموصي بجنسيتها وقت وفاته. لأن القاعدة التي تنطبق على الميراث بخصوص القانون الواجب تطبيقه تنطبق على الوصية أيضاً. لهذا يتطلب الأمر منا البحث عن القانون الواجب تطبيقه على الشروط الموضوعية والشروط الشكلية للوصية بشيء من الإفاضة.

١ - التنازع المتولد من الشروط الموضوعية للوصية والقانون الواجب تطبيقه عليه:

الشروط الموضوعية هي الشروط التي تتوقف عليها صحة الوصية ووجودها القانوني، مثل الأهلية وعوارضها والحصة المحفوظة للورثة في التركة والقدر الجائز الإيصاء به عند وجود ورثة أو عند عدم وجودهم، والأشخاص الذين يجوز الإيصاء لهم وأهلية الموصى له لقبول الوصية أو رفضها وشروط إجازة الوصية من الورثة وشروط الرجوع عنها ... إلخ.

فيشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً ومتمتعاً بأهلية الأداء الكاملة ببلوغه سن الرشد وعدم اعتراء أهليته هذه أي عارض من عوارض الأهلية وفقاً لقانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها وقت إجراء الوصية، وأن يكون الموصى له على قيد الحياة حين تحرير الوصية وحين موت الموصي، وأن لا يكون قاتلاً للموصي. وتصح الوصية للجنين بشرط ولادته حياً. وفي قوانين بعض الدول يشترط أن يولد الجنين الموصى له حياً وقابلاً للحياة، كما في فرنسا وإسبانيا. وتصح الوصية للأشخاص الحكيمة والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام وتخضع أهلية الشخص الحكمي في قبول الهبات والوصية حينذاك لقانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها وقت عمل الوصية.

وقد أخضعت الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون المدني الأردني الشروط الموضوعية للوصية لقانون الموصي وقت موته بقولها: (يسري على الميراث والوصية سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته).

وعليه لا عبرة بقانون الموصي وقت كتابة الوصية إلا بالنسبة لأهليته، وإنما العبدة تكون بقانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها وقت موته بالنسبة للشروط الموضوعية الأخرى للوصية.

ورغم أن القانون المدني الأردني لم ينص في المادة (١٨) الأنف الذكر على تطبيق القوانين الأردنية بشأن صحة الوصية المتعلقة بالأموال غير المنقولة الكائنة في الأردن والعائدة لمتوفى أجنبي وفي كيفية انتقالها، إلا أن هذا المبدأ هو الذي يطبق باعتبار أن طرق اكتساب الحقوق العقارية بالعقد والميراث والوصية وغيرها تخضع بوصفها من أسباب كسب الملكية لقانون موقع العقار وفقاً للمادة (١٩) من القانون المدني التي تنص على أن: (يسري على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار)^(١). وكان من الأفضل ذكر هذا الاستثناء بشكل صريح في المادة (١٨) من القانون المدني.

فبالنسبة للقدر المسموح بالإيصاء به قانوناً عند وجود أو عدم وجود ورثة والحصة المحفوظة للورثة في التركة المنقولة يحددها قانون الدولة التي يتمتع الموصي بجنسيتها وقت موته تطبيقاً للمادة (١/١٨)^(٢).

أما بالنسبة لغير المنقول، فإن كان العقار في الخارج، فالخدد المسموح بالإيصاء به يحدده قانون موقع العقار وفقاً للمادة (١٩). أما إذا كان العقار في الأردن، فلا يجوز أن يتجاوز القدر الجائز للإيصاء به على الثلث وفقاً للمادة (٩) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١^(٣) التي تنص على أن: (المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة تقرر في جميع الأحوال حقوق وراثة الأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن بمقتضى أحكام قوانين شرق الأردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة ويجب أن تطبق هذه الأحكام بصرف النظر عن أي تصرف قام به المتوفى أو وكالة أعطاهها بقصد التنفيذ بعد وفاته سواء أكان ذلك بوصية أو بطريقة أخرى).

فهذا النص يخضع الأموال غير المنقولة في الميراث والوصية لقوانين المملكة الأردنية الهاشمية المطبقة على المسلمين استثناء من حكم المادة (١/١٨)، وهذه القوانين لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث.

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ ص ٤٨.

(٢) فمثلاً تنص المادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة.

(٣) جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية برقم تمييز حقوق ١٩٧٤/٣٠٤ منشور في مجلة نقابة المحامين السنة ٢٣. العدد السابع والثامن. ص ٩١٠ ما يؤيد ذلك وكالاتي: (إذا نص قانون بلاد المتوفى على جواز الوصية بالأموال المنقولة بأكثر من الثلث جاز إلا في الأموال غير المنقولة فلا يجوز، لأن الميراث فيها قد أخضعته المادة التاسعة من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ لأحكام قوانين المملكة الأردنية الهاشمية المطبقة على المسلمين. وحيث أن القواعد المطبقة على المسلمين لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث فإن هذا القدر الجائز للإيصاء به يحدد تطبيقه في الأموال غير المنقولة فقط أما في المنقول فيرجع فيه إلى قانون جنسية الموصي.

فلاصحة التصرف المضاف إلى ما بعد الموت يجب أن لا يزيد الموصي به على النسبة المسموح بها في قانون الموصي بالنسبة للأموال المنقولة وفي قانون موقع العقار بالنسبة للأموال غير المنقولة.

فلنأخذ مثلاً تركة أردني توفى في ألمانيا تاركاً أموالاً منقولة في الأردن وعقارات في ألمانيا وأوصى ببعض أمواله المنقولة وغير المنقولة لشخص قبل وفاته. فهنا لا يمكن احتساب القدر الجائز الإيصاء به وفقاً للقانون الأردني أو الألماني وحده بالنسبة لمجموع التركة، بل يقتضي قسمة التركة إلى مجموعتين: أردنية وألمانية، وتحديد القدر الجائز الإيصاء به في المجموعة الأولى كما ينص عليها القانون الأردني، وفي الثانية كما يعينها القانون الألماني، ويمكن أن تكون حصة كل من الورثة في المجموعة الأولى مختلفة عن حصته في المجموعة الثانية، كما يمكن أن يكون الورثة مختلفين في المجموعة الأولى عما هم في المجموعة الثانية.

٢- التنازع المتولد من الشروط الشكلية للوصية:

الشروط الشكلية في الوصية هي إجراءات إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي وقد تكون قاصرة على الكتابة بخط يد الموصي أو التوثيق الرسمي لدى موثق العقود (الكاتب العدل) أو (المحكمة المختصة)، وقد تكون قاصرة على العلنية بحضور شهود، ولذلك فإن أحكامها تختلف من دولة إلى أخرى، وهي تعمل عادة بثلاثة أشكال: بالسند الرسمي الموثق، أو بالشكل العرفي المكتوب والموقع بخط يد الموصي، أو بالقول شفويًا أمام شهود، فقوانين بعض الدول تجيز الوصية العرفية إذا كانت مكتوبة بخط يد الموصي وموقعاً عليها من قبله دون حاجة إلى توثيقها رسمياً، كما في القانون الفرنسي، وهكذا الأمر في القانون العراقي إذا كان الموصي به عقاراً أو مالا منقولاً لا تزيد قيمته على خمسمائة دينار. أما إذا زادت قيمته عن خمسمائة دينار، فيجب تصديقها من الكاتب العدل^(١).

وفي قوانين دول أخرى لا تجوز الوصية ما لم تكن موثقة رسمياً، ويمتنع على الوطنيين القيام بتحرير وصية عرفية في الخارج والداخل وتعتبر الوصية باطلة إذا حررها بالشكل العرفي، كما في القانون اللبناني والهولندي والتركي^(٢).

وفي الأردن تنص المادة (١١٣٠) من القانون المدني الأردني على أن: (١- لا يحتج بالوصية إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل. ٢- ويرجع أثر التسجيل إلى تاريخ وفاة الموصي بالنسبة إلى الورثة وتاريخ التسجيل بالنسبة إلى الغير)^(٣).

(١) بحسب المادتين (٦٥ و ٦٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي لا تعدد بالوصية إلا إذا كانت بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو طبعه إبهامه. فإذا كان الموصي به عقاراً أو مالا منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل. ويجوز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مباح مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي. والوصية المنظمة من قبل المحاكم والدوائر المختصة قابلة للتنفيذ إذا لم يعترض عليها من قبل ذي العلاقة.

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki, Turk Devletler Hususi Hukukunda Vasiyet Ank. (١٩٤٥) Huk. Fak. Der. 1945. sy 2-3. sf. 175.

(٣) وتنص المادة السابعة من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ على أن: (الوصية الموضوعة بشكل مدني تعتبر صحيحة إذا نوافرت فيها الشروط التالية: أ- أن تكون الوصية مكتوبة وموقعاً عليها أو مختومة في نهايتها من قبل الموصي أو أي شخص آخر عهد إليه الموصي بذلك وفي كلتا الحالتين ←

بعد عرض هذه المقدمة عن الشروط الشكلية للوصية نتساءل: ما هو القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع الحاصل بسبب الشروط الشكلية في الوصية؟
تجيب الفقرة الثانية من المادة (١٨) من القانون المدني الأردني على هذا التساؤل بقولها: (ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت).

المبحث الثالث

القانون الذي يحكم الأموال

عرفت المادة (٥٣) من القانون المدني الأردني المال بأنه: (كل شيء عيني أو حق له قيمة مادية في التعامل). وتنص المادة (٥٤) منه على أن: (كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية).

فالمال هو الشيء أو الحق ذو القيمة المالية، سواء أكان هذا الحق عينياً أم معنوياً، ولذلك فقد يكون المال مادياً بطبيعته، مثل العقار والمنقول، وقد يكون معنوياً، مثل الملكية الفكرية والأدبية والفنية. وأياً كان نوع المال، فإنه قد يكون محلاً لعلاقة قانونية تثير النزاع المشوب بعنصر أجنبي بين قوانين الدول المختلفة، مما ينبغي حل هذا النزاع بتكييف طبيعة موضوعه أولاً، ومن ثم تعيين القانون الواجب تطبيقه عليه بإعمال قواعد الإسناد الوطني، ولهذا سوف نبحث في أمرين على التوالي هما:

أولاً- القانون الذي يحكم الأموال المادية.

ثانياً- القانون الذي يحكم الأموال المعنوية.

المطلب الأول

القانون الذي يحكم الأموال المادية

المال المادي هو كل شيء ملموس له قيمة مالية ووجود مستقل عن وجود الإنسان ويمكن حيازته وتملكه والتعامل والانتفاع به مادياً. والمال المادي يقسم إلى تقسيمات مختلفة، ولكننا سوف نقصر بحثنا على تقسيم الأموال المادية إلى (عقار ومنقول) و (أموال ذات طبيعة خاصة) وبيان القانون الواجب تطبيقه على النزاع المتولد من ذلك مبتدئين بالعقار.

أولاً- القانون الذي يحكم العقار:

عرفت المادة (٥٨) من القانون المدني الأردني العقار بأنه: (كل شيء مستقر بحيز ثابت لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته وكل ما عدا ذلك فهو منقول)، مثل الأرض وما يتصل بها من أشياء اتصال قرار وثبات من بنايات وجسور وسدود وغراس، ولذلك عندما يكون المال عقاراً لا يمكن حصول أي خلاف بخصوص تحديد موقعه لأنه ثابت.

← يجب أن يتم التوقيع أو الختم بحضور شاهدين على الأقل يشهدان معاً على الوصية بحضور الموصي وأن يكونا سليمي العقل عند عمل الوصية وقد بلغا الثامنة عشرة من العمر.
ب- أن لا يكون للموصي دون الثامنة عشرة من العمر عند عمل الوصية وأن لا يكون مصاباً بعاقة في عقله.
ج- أن لا يكون الموصي قد حمل على الوصية بالاختيال أو بتأثير غير مشروع.

وتترتب على تقسيم الأشياء إلى منقول وعقار نتائج قانونية مهمة، أهمها خضوع العقار وأي تصرف فيه لقانون وقضاء موقعه في تشريعات معظم الدول الأوروبية والعربية لاعتبارات سياسية وقومية واقتصادية وأمنية عديدة أهمها ما يلي:

أ- الأرض وما يتصل بها من عقارات جزء لا يتجزأ من التراب الوطني (الإقليم) الذي هو عنصر أساس من عناصر الدولة لاتصاله بصميم السيادة. فالأرض التي يتكون منها إقليم الدولة فيها مستقر لجماعتها على وجه الدوام وتستمد منها عناصر مقوماتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية وتمارس سلطتها على الأشخاص والأموال فيها. فلا يمكن لأكثر من دولة واحدة أن تمارس السيادة على جزء من أرض واحدة، لأن ذلك يؤدي إلى إصدار أوامر وقرارات متناقضة إلى الأفراد، والفرد لا يمكن أن يطيع سوى أوامر دولته. وعليه لا مجال لتصور قبول أية دولة خضوع جزء من ترابها الوطني لقوانين أجنبية.

ب- خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الفائدة لجميع الناس من حيث الإشهار والعلنية، فيكونون على بينة من القواعد القانونية المتعلقة به قبل إقدامهم على إبرام أي تصرف قانوني متعلق به.

ج- خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن استقرار المعاملات وتوحيد وتماتل الحلول والأحكام بين الدول المختلفة، لأنه يؤدي إلى تطبيق قاعدة واحدة عليه في جميع الدول.

د- خضوع العقار لقانون موقعه يوفر الجهد والنفقات والوقت لأطراف النزاع عند التقاضي ويسهل على المحكمة المختصة تحقيق العدالة وسرعة إجراءات وضع اليد والكشف وتقدير القيمة في حسم النزاع بالنظر لقربها من العقار موضوع النزاع وتوافر كافة المعلومات عنه لديها.

هـ- خضوع العقار لقانون موقعه يؤمن للدولة حماية اقتصادها القومي والمحافظة على ثروتها الوطنية، لأن العقار يعتبر منذ أقدم العصور مالا نفيساً وعنصراً هاماً من عناصر الثروة القومية والوطنية في الدولة، خاصة الأراضي الزراعية. وهذه الحماية لا يحققها إلا قانون موقعه باعتباره أقدر على تحقيق المصلحة القومية والوطنية وتأمين الاستقرار في اقتصاد الدولة وثباته والمحافظة عليه^(١).

فلهذه الأسباب لا تقبل غالبية الدول إخضاع العقارات الكائنة في إقليمها لقوانين أجنبية وتعطي الاختصاص فيها لقانون موقعها^(٢)، ومنها المملكة الأردنية الهاشمية، حيث

(١) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٧١ ومؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٢٦ ومؤلفنا - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٤٧ وما بعدها والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٠٤.

(٢) ولهذه الأسباب أيضاً لا تبيع قوانين بعض الدول للأجنبي تملك العقارات فيها إلا ببعض القيود، كاشتراط مبدأ المقابلة بالمثل وتحديد المقدار المسموح تملكه وضرورة استحصال إذن مسبق بذلك، كما في العراق والسعودية والسويد. وهناك دول أخرى تمنع تملك الأجنبي لنوع معين من العقارات فيها محافظة على الثروة الوطنية والاقتصاد القومي، كالأراضي الزراعية في مصر والعراق ورومانيا والأردن.

تنص المادة (١٩) من القانون المدني على أن: (يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار).

وتكليف طبيعة المال من حيث كونه منقولاً أو غير منقول يخضع في القانون الأردني لقانون موقع المال أيضاً رغم عدم ورود استثناء بذلك في المادة (١١) الأنف الذكر التي تعطي الاختصاص في التكليف للقانون الأردني، باعتبار أن إعطاء الاختصاص في وصف المال لتحديد ما إذا كان عقاراً أو منقولاً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال أصبح من المبادئ العامة والشائعة في القانون الدولي الخاص، وما شاع وانتشر دولياً يعمل به حتى في حالة عدم وجود نص تطبيقاً لقاعدة الإسناد في المادة (٢٥) من القانون المدني التي تنص على أن: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين).

تبقى هناك مسألة مهمة تثير المناقشة والتساؤل بصدد القانون المختص الذي يحكم الأهلية اللازمة للتصرف في العقار، هل هو قانون موقع العقار أم القانون الشخصي للمتصرف؟ فمثلاً لو قام عراقي الجنسية ببيع عقار له موجود في الأردن هل تحدد أهلية هذا العراقي اللازمة لصحة البيع وفقاً للقانون العراقي أم القانون الأردني؟.

يذهب بعض القوانين، كالقانون الإنكليزي والأمريكي والتركي إلى أن أهلية الشخص للتصرف في العقار تحدد وفقاً لقانون موقع العقار، بينما يذهب القانون الأردني والعراقي والمصري إلى تحديد الأهلية بصورة عامة وفقاً لقانون الجنسية ما لم يوجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة تقضي بغير ذلك، وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني بقولها: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته).

ثانياً- القانون الذي يحكم الأموال المنقولة:

الأموال المنقولة هي التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف فيها أو تغيير في هيتها، كالسيارة والمنضدة والكرسي والقلم والكتاب. فلاي قانون يخضع للتنازع الذي يحصل بسببها؟.

قبل كل شيء لا بد من الإشارة إلى أن قانون موقع المال هو الذي يبين كون المال منقولاً أو غير منقول كما سبق أن ذكرنا ذلك. أما بصدد القانون الواجب تطبيقه على التنازع المتولد من التصرف في الأموال المنقولة، فقد اختلفت الآراء الفقهية وظهرت عدة نظريات بشأن ذلك كالاتي:

١- نظرية قانون مكان إبرام عقد التصرف في المنقول: وتذهب إلى أن أي نزاع في الأموال المنقولة يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه العقد المتعلق بموضوع النزاع. وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها تصلح لبعض الأموال المنقولة، مثل الأوراق التجارية ولا تصلح لبعض الأموال المنقولة الأخرى. فمثلاً إذا وهب أردني ساعته إلى عراقي في بغداد، فهل من مبرر لتطبيق القانون العراقي على أي نزاع يثور بشأن هذه

الهبه. ولذلك أخذ المشرع الأردني بهذه النظرية بالنسبة للأهلية اللازمة للالتزام بسند السحب فقط بقوله في الفقرة الثانية من المادة (١٣٠) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦: (يرجع في تحديد أهلية الشخص الملزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده، ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام كان التزامه صحيحاً ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقاً لقانون بلده).

٢- نظرية قانون الموطن: وتذهب إلى أن حقوق الشخص في الأموال المنقولة يجب أن يحكمها قانون الموطن، لأن المنقولات يفترض وجودها مع مالكها في محل إقامته المعتادة. وقد وصفت هذه النظرية بأنها غير عملية وتخالف العدالة وما يتوقعه الأطراف في معاملاتهم وتضر بحقوق الشخص الثالث. لأن المشكلة تكمن في اختيار قانون أي موطن؟ موطن المدعي أو موطن المدعى عليه؟ وإذا طبق قانون موطن أحدهما، فإن الحكم سوف يختلف تبعاً إلى من سعى أولاً لرفع الدعوى، ولذلك عندما كان يؤخذ بهذه النظرية في إنكلترا وأمريكا قديماً اقتصر تطبيقها على بعض الأمور المحددة، مثل الإرث^(١).

٣- نظرية القانون الأكثر ملائمة: وتذهب إلى ضرورة حكم الأموال المنقولة بالقانون الأنسب المتمثل في قانون الدولة الأكثر علاقة بهذه الأموال. وانتقدت هذه النظرية أيضاً لصعوبة تحديد الدولة الأكثر علاقة بالمال المنقول بالنظر لقابلية انتقاله المفاجئ والسريع بين أقاليم الدول المختلفة.

٤- نظرية قانون مكان وجود المال: وتذهب إلى ضرورة حكم الأموال المنقولة بقانون محل وجودها. لأن هذا الحل يتفق مع توقعات كل شخص متوسط الحرص، حيث يتوقع الإنسان خضوع التصرف في المال المنقول لقانون محل وجوده. فلو تنازع (أحمد) و (محمد) على أموال منقولة موجودة في عمان ثم نقل (محمد) هذه الأموال إلى (حسن) في بيروت، فإن النزاع عليها بين (أحمد) و (محمد) يحكمه القانون الأردني، والنزاع عليها بين (محمد) و (حسن) يحكمه القانون اللبناني.

وترجع هذه النظرية على غيرها خاصة عند اختلاف جنسية وموطن أطراف العلاقة، لأنها تؤمن الضمان والاطمئنان والاستقرار في المعاملات الدولية الخاصة بالأموال المنقولة، وقد أخذ بها القانون المدني الأردني في الشق الثاني من المادة (١٩) منه الذي ينص على أن: (... ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها).

فقانون المكان الذي يوجد فيه المال المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب حيازته أو ملكيته أو أية حقوق عينية أخرى فيه أو فقدها هو الواجب تطبيقه عليه، سواء أكان هذا القانون هو قانون القاضي أم قانون دولة أخرى، من حيث أسباب حيازته واكتساب ملكيته بالاستيلاء أو بالتصاق أو بالعقد أو بحكم القانون، وهكذا الأمر بالنسبة

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٠٨.

لانتقضاء ملكيته، إلا أنه إذا كان سبب الاكتساب هو الميراث أو الوصية، فإن مجال تطبيق قانون محل وجود المال ينحصر في الأثر الناقل لملكية الأموال الموجودة في التركة والأموال الموصى بها. أما الميراث والوصية ذاتهما، فيحكمهما من حيث الموضوع القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد الخاصة بهما، أي قانون المورث أو الموصي وقت موته بمقتضى المادة (١/١٨) التي ذكرناها سابقاً.

أما الأهلية اللازمة في التصريف المتعلق بالمنقول، فيحكمها قانون الجنسية، ويخضع شكل التصريف فيه لقانون مكان إجراء التصريف^(١).

وقد انتقدت نظرية قانون موقع المال المنقول أيضاً على أساس أنها لم تلتفت إلى الصعوبات التي قد تنشأ من جراء تغيير مكان وجود المال المنقول عند تحديد القانون الإقليمي الذي يحكمه على وجه الدقة. إذ قد يتغير مكان وجود المال المنقول بصورة سريعة ومتعاقبة مما يؤدي إلى اختلاف الأحكام التي يجب تطبيقها عليه بحسب اختلاف القوانين من دولة إلى أخرى، فينشأ من ذلك التنازع بين قانون الموقع الأول للمال وقانون موقعه الثاني والثالث.

فمثلاً بمقتضى المادة (١/٤٨٥) من القانون المدني الأردني تنتقل ملكية المبيع في المنقول إلى المشتري بمجرد تمام البيع بالتراضي ولو قبل تسليم المبيع ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. بينما تشترط المادة (٦٨٧) من القانون المدني التركي التسليم لانتقال ملكية المبيع في المال المنقول^(٢).

فإذا قام شخص ببيع مال منقول له في تركيا وقبض ثمنه ولكنه لم يسلم المبيع وجاء به إلى الأردن وباعه لشخص آخر وقبض منه الثمن وسلمه المبيع، فهل يحق للمشتري الأول في تركيا أن يقيم دعوى استرداد المال المباع من المشتري الثاني في الأردن وبمقتضى أي قانون؟

يرى البعض وجوب تطبيق قانون القاضي المرفوع إليه النزاع، وآخرون يرون ضرورة تطبيق قانون المكان الذي اكتسب فيه الحق بترتب السبب الناقل للملكية. لأن تطبيقه يؤدي إلى احترام الحقوق المكتسبة، فلا يستطيع البائع التخلص من البيع الثاني محتجاً بالبيع الأول الذي لا يعتبر صحيحاً مستوفياً كل عناصره كحق مكتسب في القانون الدولي الخاص، لعدم تحقق شرط تسليم المبيع في عقد البيع وبالتالي لا يحق للمشتري الأول في تركيا مطالبة المشتري الثاني في الأردن باسترداد المال محل البيع لأن ملكيته قد انتقلت إلى المشتري الثاني في الأردن وفقاً للقانون الأردني الذي يجب تطبيقه على النزاع باعتباره قانوناً لأول مكان تحقق فيه السبب الناقل للملكية بصورة صحيحة واكتسب الحق بموجبها.

ثالثاً - القانون الذي يحكم الأموال ذات الطبيعة الخاصة:

هناك بعض الأموال المنقولة التي لها طبيعة خاصة وتتميز بالتنقل والحركة وارتفاع الثمن ولها أهمية اقتصادية خاصة في الدولة، فتثور الصعوبة في تحديد موقعها

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٠٩ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غسان الدلودي - المرجع السابق - ص ١٣٣.

(٢) وهذا ما أخذ به القانون الألماني والسويسري (انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 288).

عندما يراد إعطاء الاختصاص في نزاعها لقانون محل وجودها، مثل وسائل النقل من بواخر وطائرات وقطارات وبضائع عابرة مشحونة على متنها ... إلخ. ولذلك لا بد من شرح أحكام هذه الأموال بشيء من الإفاضة مبتدئين بالسفينة.

أ- القانون الذي يحكم السفينة:

لو نظرنا إلى التعريف الذي أورده المادة (٥٨) من القانون المدني الأردني للمال المنقول لوجدنا أن السفينة تعد مالا منقولاً، لأنه يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف فيها أو تغيير في هيتها، ولكنها ذات طبيعة خاصة. لأنها معدة للسير في مياه قد تكون تابعة لسيادة دولة أجنبية أو تكون مياهاً حرة في أعالي البحار غير خاضعة لسيادة أية دولة، وتنقل الأشخاص والبضائع إلى البلدان المختلفة، وتعمل في أكثر الأوقات خارج إقليم دولة مالكتها. وبعيداً عن رقابته وإشرافه وسيطرته^(١). فأي قانون يحكم التصرف في السفينة ذاتها والوقائع التي تقع على متنها؟

تخضع السفينة لنظام الأموال الغير المنقولة من حيث طرق انتقال ملكيتها بالبيع والإرث والوصية والهبة ورهنها بالنظر إلى أهميتها الاقتصادية التي تضاهي الأهمية الاقتصادية للعقارات، فيكون القانون الواجب تطبيقه على التصرف فيها هو قانون دولة الميناء الذي تم تسجيلها فيه. أي قانون دولة التسجيل، وقد أخذ بهذا المبدأ قانون معظم دول العالم وأقرته معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٦م ومعاهدة جنيف لعام ١٩٥٨م^(٢).

وترجيح تطبيق قانون دولة التسجيل يعود إلى أن السفينة عندما تسجل في ميناء دولة معينة فإنها تعتبر جزءاً من إقليم تلك الدولة وتخضع لقانونها أينما وجدت. ولذلك تنص المادة (٢/٧-أ) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م على أن: (تشمل أراضي المملكة طبقة الهواء التي تغطيها، والبحر الإقليمي إلى مسافة خمسة كيلومترات من الشاطئ، والمدى الجوي الذي يغطي البحر الإقليمي، والسفن والمركبات الهوائية الأردنية).

وهناك من يبرر تطبيق قانون دولة التسجيل على اعتبار أن البلد الذي تم تسجيل السفينة فيه والذي بموجبه رفعت علمه هو محل الوصول النهائي لها. أي المكان النهائي الذي تركز إليه وتستقر فيه هذه السفينة بعد طوافها في أرجاء العالم، فلذلك يجب أن تخضع لقانون هذا المكان.

وهناك من يرى أن قانون البلد الذي تحمل السفينة علمه يمتد ويصبح واجب التطبيق على جميع التصرفات فيها.

وبالنسبة لتحديد الاختصاص التشريعي في الوقائع التي تظهر على ظهر السفينة، فإن قانون جنسيتها المتمثل في قانون دولة التسجيل هو الذي يحكمها أيضاً على أساس أن السفينة جزء متقل من إقليم الدولة التي تحمل جنسيتها طبقاً للفقرة (٢-أ) من المادة (٧) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م التي تعد السفينة الأردنية جزءاً من

(١) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني. الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٢٧١.

(٢) انظر الدكتور ثروت علي عبد الرحيم - القانون البحري العراقي - الجزء الأول - مطبعة حداد - البصرة

١٩٦٩/ ص ٨ وما بعدها و Dr. Omer Ihan Akipek, Devletler Hukuku İkinci Kitap, 2. Baskı: Ankara/ 1965. sf. 40.

أراضي المملكة، والفقرة (٢) من المادة (٨) منه التي تعد السفينة الأجنبية جزءاً من إقليم الدولة التي تتمتع بجنسيتها بقولها: (لا يسري القانون الأردني على الجرائم المقررة في البحر الإقليمي الأردني أو في المدى الجوي الذي يغطيه على متن سفينة أو مركبة هوائية أجنبية إذا لم تتجاوز الجريمة سفير السفينة أو المركبة الهوائية).

فبالنسبة لحل تنازع القوانين الذي يحصل بسبب استغلال السفينة وملاحتها والوقائع التي تقع على متنها والعقود العادية التي تبرم بداخلها تخضع لقانون الدولة التي تتمتع بجنسيتها، سواء أكانت موجودة في مياه حرة أو في مياه إقليمية لدولة أجنبية أو في مياه إقليمية لدولتها.

ويرى الدكتور مصطفى كمال طه بأن قانون العلم هو الذي يسري على عقد العمل البحري المبرم على السفينة، وعلى المنازعات المتعلقة بمباشرة حقوق الامتياز البحرية وانقضائها، وهو رأي لا نؤيده ونرى لزوم تطبيق قانون جنسية السفينة المتمثل في قانون بلد تسجيلها أيضاً، لأن السفن قد ترفع في رحلاتها المستأجرة علم دولة غير الدولة التي تتمتع بجنسيتها^(١).

ب- القانون الذي يحكم الطائرات:

تعتبر الطائرة من الأموال المنقولة ذات الطبيعة الخاصة أيضاً وتتميز كالسفينة عن الأموال المنقولة العادية بتمتعها بما يشبه الشخصية الحكيمة وخضوعها لنظام الأموال غير المنقولة من حيث طرق انتقال ملكيتها ورهنها، ويحكمها في كل ذلك قانون الدولة التي تحمل جنسيتها. لأن تنظيم وترتيب الحقوق المتعلقة بالطائرات وتثبيتها والحفاظ عليها يتطلب تطبيق قانون واحد عليها في كل الأوقات وهذا لا يتحقق بتطبيق قانون الموقع الوقتي للطائرة، لأن هذا الموقع يتغير بتغير الأقاليم التي تمر بها في طيرانها السريع ورحلاتها المتعددة^(٢).

فحسب الرأي الغالب والمرجح أن قانون الدولة التي تتمتع الطائرة بجنسيتها هو الواجب تطبيقه، لأنه يحقق الغرض المذكور للاعتبارات التي ذكرناها بشأن تطبيق قانون دولة التسجيل بالنسبة للسفينة. علماً أن استغلال الطائرة في رحلاتها والقانون الواجب تطبيقه بشأن ذلك قد عالجه اتفاقيات دولية، مثل اتفاقية شيكاغو واتفاقية توكيو واتفاقية مونتريال.

وكذلك يطبق قانون الدولة التي تتمتع الطائرة بجنسيتها على الأفعال الضارة التي تحصل على متنها أثناء طيرانها أينما وجدت. ويطبق قانون جنسية الطائرة أيضاً على التصرفات القانونية التي تبرم بداخلها، إلا إذا كانت مبادئ القانون الدولي الخاص المسلم بها تقضي بغير ذلك أو إذا اختار أطراف النزاع تطبيق قانون آخر. لأن الطائرة تعتبر أيضاً جزءاً من إقليم الدولة التي تحمل جنسيتها كما يفهم من المادتين (٧ و ٨) من قانون العقوبات الأردني.

(١) انظر الدكتور مصطفى كمال طه - مبادئ القانون البحري - الطبعة الثالثة - الدار الجامعية - ص ٥٠، ومولفنا - القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية - المرجع السابق - ص ١٧ وما بعدها.

(٢) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ١٩٠.

أما وسائل النقل الأخرى كالسيارات والعربات، فالبعض يخضعها لقانون البلد الذي تم تسجيلها فيه، وإن لم تكن مسجلة في بلد معين، فهي تخضع لقانون موقعها الفعلي حينئذ. والبعض الآخر يخضعها بصورة عامة لقانون موقعها الفعلي إذا كان هذا الموقع محدداً. أما إذا لم يكن هذا الموقع محدداً، فتخضع لقانون البلد الذي سينتهي المطاف إليه. أي قانون البلد الذي توجد فيه مؤسسة النقل التي تعود لها هذه الوسائط باعتبار أن محل وجود هذه المؤسسة هو محل الوصول النهائي لها، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي. أما السكك الحديدية فهي على الغالب تنظمها اتفاقيات دولية، مثل اتفاقية برن لسنة ١٨٩٠م^(١).

ج- القانون الذي يحكم البضائع المشحونة:

وهي البضائع المصدرة والمشحونة على ظهر واسطة نقل تركت محل بلد المنشأ متوجهة إلى البلد المرسل إليه. فهذه البضائع قد يثور النزاع بشأنها أثناء الرحلة إلى بلد الوصول، مما يجب تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع. فلاي قانون يخضع مثل هذا النزاع؟ لقد قيلت عدة آراء بشأن القانون الواجب تطبيقه كالاتي:

١- إذا كان محل البضاعة معلوماً و محدداً وقت حصول النزاع بشأنها، كإن تكون البضاعة موجودة على أرصفة المحطة أو الميناء أو المطار أو داخل عربات السكك في المحطة أو في مبنى المطار في البلد المصدر قبل انطلاقها إلى البلد المستورد، فإن النزاع يخضع بطبيعة الحال لقانون موقعها المعلوم هذا.

أما إذا كانت قد تحركت من ميناء الشحن في طريقها إلى ميناء الوصول عبر أقاليم دولة متعددة، فإن النزاع فيها يخضع لقانون البلد المرسل إليه، لأن هذا البلد يعتبر نهاية المطاف بالنسبة لهذه البضاعة وقانونه يعتبر قانون الموقع النهائي لها. ومنما يلاحظ أن هذا القانون قابل للتغير عندما تؤمر الباخرة بتغيير اتجاهها أثناء النقل إلى دولة أخرى مثلاً، بسبب طارئ، كحوادث العطب في واسطة النقل واضطرار الناقل إلى تفريغ البضاعة المنقولة في محل حدوث العطب^(٢).

٢- وذهب آخرون إلى إخضاعها لقانون البلد الذي تم تسجيل واسطة النقل فيه إن كانت مسجلة وإخضاعها لقانون البلد المرسل إليه إن كانت واسطة النقل غير مسجلة.

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم الحقوق المعنوية

الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي، كحق المؤلف والمخترع والفنان والعلامة التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى ويتبع بشأنها حكم القوانين الخاصة^(٣).

(١) المرجع السابق - ص ١٩٢.

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ- المرجع السابق- ص ٣١١ والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق- ص ١٨٧ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي- المرجع السابق- ص ١٣٨.

(٣) لتفاصيل هذه الحقوق راجع مؤلفنا القانون الدولي الخاص. الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق- ص ٢١٨ وما بعدها ومؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق- ص ٢٣٨ والأستاذ عبد الرحمن البزاز- مبادئ أصول القانون- المرجع السابق - ص ٢٩٠ و

وتسمى هذه الحقوق بالملكية الفكرية أو الفنية أو الأدبية أيضاً لأنها تنصب على أشياء غير مادية. فالملكية الفكرية تشمل الملكية الأدبية والفنية والصناعية والتجارية وتحميها التشريعات الحديثة للأجنبي والوطني على حد سواء نتيجة للنهضة الفكرية، بعدما كانت حمايتها مقصورة على الوطنيين فقط دون الأجانب.

فهذه الملكية ثمرة عقول الأفراد ونتاج فكرهم وقرائحهم، كالمؤلفات العلمية والأدبية والموسيقية والمبتكرات والنماذج الصناعية والتجارية؛ فهي سلطة يتمتع بها شخص أو من يقوم مقامه على فكرة ابتكرها أو اختراع اخترعه أو أية ميزة أخرى نتجت عن عمله الفني الذي يتمكن بواسطته من الوصول إلى منفعة مالية وأن يحتكر لنفسه هذه المنفعة المالية التي يمكن أن تنتج من نشر تلك الفكرة أو استغلال ذلك الاختراع.

وتمتد الحقوق المعنوية إلى مقومات المحل التجاري من إسم تجاري وعلامة تجارية بغض النظر عن جنسيات أصحابها، لأن حمايتها حماية للفكر الإنساني. وقد نظمت دول عديدة حماية هذه الملكية بقوانين خاصة، كقانون حماية حق التأليف لسنة ١٧٩١م في فرنسا وقانون حماية حق التأليف في بلجيكا لسنة ١٨٦٦م وقانون حماية حق التأليف في سويسرا لسنة ١٩٢٦م.

وكانت هذه الحقوق المعنوية ظاهراً الأثر في العلاقات الدولية بحيث عقدت في نطاق القانون الدولي العام عدة اتفاقيات دولية لحمايتها منذ مدة ليست قصيرة، منها اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لعام ١٨٨٣م، واتحاد برن لسنة ١٨٨٦م الخاص بالملكية الأدبية والفنية، واتفاقية مدريد الخاصة بالملكية الصناعية لسنة ١٨٩١م المعدلة باتفاقية لندن لسنة ١٩٣٤م، والاتفاقية العالمية للملكية الفكرية الموقعة في استوكهولم عام ١٩٦٧م.

كما أن الفقرة (ب) من المادة (٢٧) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد نصت على أن: (لكل إنسان الحق في حماية مصالحه الأدبية والمادية الناشئة عن أي نتاج أنتجه في ميدان العلوم والآداب والفنون).

والحق المعنوي لا يسقط بوفاة المؤلف أو الفنان أو المخترع، بل ينتقل إلى ورثته^(١)، ولكنه حق غير موبد، لأنه يزول في النهاية بعد مدة من وفاة صاحبه ويصبح ملكاً عاماً للمجتمع.

فهو يبدأ بحق خاص وينتهي بحق عام. وهذا ما تنص عليه الفقرة (أ) من المادة (٣٤) من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م بقولها: (بعد انقضاء مدة الحماية المنصوص عليها في هذا القانون لأي مصنف أو عند انقطاع ورثة مؤلفه أو عدم وجود أي خلف له قبل انقضاء مدة الحماية، يؤول المصنف إلى الملكية العامة بحيث يحق لأي شخص أن يطبعه أو ينشره أو يترجمه إذا كان قد تم طبعه أو نشره أو ترجمته قبل ذلك)^(٢)

(١) تنص المادة (٢٢) من قانون حماية حق المؤلف الأردني على أن: (لورثة المؤلف لأي مصنف وحدهم الحق في ممارسة حقوق الاستغلال المالي المنصوص عليها في هذا القانون لذلك المصنف....).

(٢) تنص المادة (٣٠) من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م على أن: (تسري مدة الحماية على حقوق المؤلف المبينة في هذا القانون طيلة حياة المؤلف ولمدة ثلاثين سنة بعد وفاته، أو بعد وفاة آخر من بقي حياً من الذين اشتركوا في تأليف المصنف إذا كانوا أكثر من مؤلف واحد). ←

والآن نتساءل: أي قانون يحكم النزاع المتعلق بالحقوق المعنوية؟.

لقد اختلف الفقهاء بشأن القانون الواجب تطبيقه على النزاع المتعلق بالحقوق المعنوية بالنظر لقابلية هذه الحقوق للانتشار والاستعمال في دول مختلفة أكثر من قابلية الأموال المنقولة للانتشار والاستعمال. ولذلك ذهب أحد الآراء إلى إعطاء الاختصاص في النزاع المتعلق بالحقوق الأدبية والفنية للقانون الوطني للمؤلف والفنان، وذهب رأي آخر إلى إعطاء الاختصاص في لقانون البلد الذي طلبت الحماية فيه، وذهب رأي آخر راجح إلى أن القانون الأكثر فعالية لحماية حق المؤلف هو قانون البلد الذي ظهر فيه الإنتاج أول مرة^(١). أي قانون البلد الذي تم فيه الطبع والنشر أول مرة. أما إذا لم يكن قد نشر، فينبغي تطبيق قانون الموقع الفعلي.

أما بالنسبة للنزاع المتعلق بحق المخترع (الملكية الصناعية)، فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون الدولة التي منحت فيها براءة الاختراع، وذلك لأن البراءة هي التي تنشئ حق المخترع.

أما العلامة الفارقة والاسم التجاري، فيطبق على النزاع المتعلق بهما قانون الدولة التي وضعت فيها العلامة الفارقة أو الاسم التجاري موضع الاستعمال والاستثمار، وهو في الغالب قانون البلد الذي سجلت فيه العلاقة الفارقة أو الاسم التجاري. وهكذا الأمر بالنسبة للموديلات، حيث يعتبر قانون بلد تسجيلها مختصاً بحكم النزاع الناشئ بشأنها على أساس الحقوق المكتسبة.

أما الرسوم والنماذج الصناعية، فتخضع لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل الرسم أو النموذج الصناعي، لأن التسجيل هو الأداة القانونية التي تقابل نشر المصنف بالنسبة إلى حق المؤلف.

وفي الأردن تنص المادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف - الأنف الذكر - على أن: (تتمتع بالحماية بموجب هذا القانون المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أياً كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها أو الغرض من إنتاجها)^(٢).

← وتنص المادة (٣١) منه على أن: (تسري الحماية للمصنفات التالية لمدة ثلاثين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أ- مصنفات الإنتاج السينمائي والتلفزيوني والتصوير الفوتوغرافي التي لا تكون ذات طابع إنشائي بحيث تقتصر على نقل المناظر نقلاً آلياً. ب- مصنفات الفنون التطبيقية. ج- أي مصنف يكون مؤلفه أو صاحب الحق فيه شخصاً معنوياً. د- المصنف الذي ينشر لأول مرة بعد وفاة مؤلفه. هـ- المصنف الذي لا يحمل اسم مؤلفه أو يحمل اسماً مستعاراً ... على أنه إذا كشف المؤلف عن شخصيته خلال مدة الحماية فتبدأ هذه المدة من تاريخ وفاة المؤلف).

وتنص المادة (٣٣) منه على أن: (تسري الحماية للمصنفات التالية لمدة خمس عشرة سنة بعد وفاة المؤلف: أ- برامج الحاسوب. ب- المصنفات المترجمة. ج- اللوحات والمخطوطات والمنحوتات والرسوم والصور والخرائط المعمارية أو الجغرافية أو السطحية للأرض وسائر المسطحات والمجمعات).

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٤١.

(٢) وبحسب الفقرة (ب) من المادة (٣) من هذا القانون تشمل هذه الحماية: (المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة وبوجه خاص: ١- الكتب والكتيبات وغيرها من المواد المكتوبة. ٢- المصنفات التي تلقى شفاهاً كالمحاضرات والخطب والمواظع. ٣- المصنفات المسرحية والمسرحيات الغنائية والموسيقية والتمثيل الإيماني. ٤- المصنفات الموسيقية سواء أكانت مرققة أم لم تكن أو كانت مصحوبة بكلمات أم لم تكن. ٥- المصنفات السينمائية والإذاعية السمعية والبصرية. ٦- أعمال←

وأكدت المادة (٥٣) منه سريان أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الأردنيين والأجانب التي تنشر في المملكة، وهذا ينسجم مع رأي الفقه في تطبيق قانون الدولة التي ينشر فيها المصنف أول مرة. فمصنفات الأردنيين والأجانب التي تنشر وتمثل أو تعرض أول مرة في الأردن تخضع لأحكام القانون الأردني مع استثناء واحد من هذا المبدأ وهو إخضاع مصنفات المؤلفين الأردنيين التي تنشر أو تمثل أو تعرض في بلد أجنبي، للقانون الأردني أيضاً. حيث تنص المادة (٥٣) المذكورة على أن: (تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين الأردنيين والأجانب التي تنشر في المملكة وعلى مصنفات المؤلفين الأردنيين التي تنشر خارج المملكة. أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر خارج المملكة فتراعى بشأنها الاتفاقيات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل).

المبحث الرابع

القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية

التصرف القانوني هو إظهار للإرادة بغية تحقيق آثار قانونية، والالتزام التعاقدية هو حالة قانونية مصدرها العقد ويكون فيها على شخص القيام بعمل معين أو عدم القيام بعمل معين ذي قيمة مالية^(١).

ويقصد به في مجال تنازع القوانين العقود المشوبة بعنصر أجنبي التي يتم الرجوع في أي نزاع يثور بشأنها إلى قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لتعيين القانون الواجب تطبيقه على النزاع.

فمنذ القرن الثالث عشر للميلاد سعى الفقه لتحديد القانون الواجب تطبيقه في التصرفات التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي، فأخضعتها نظرية الأحوال الإيطالية بصورة مطلقة شكلاً وموضوعاً لقانون محل إبرامها (Lex Loci Actus)، باعتبار أن أطراف العلاقة قد قبلوا ضمناً إخضاع علاقتهم التعاقدية لقانون محل إبرامها ويفترض انصراف إرادتهم إلى إعطاء الاختصاص فيها لهذا القانون، لأنهم أبرموها في ظله.

إلا أنه بالتدرج تغير هذا المبدأ المطلق في القرن السادس عشر بتأثير آراء (ديمولان) وبرز دور الإرادة في اختيار القانون الواجب تطبيقه على التصرفات التعاقدية

—الرسم والتصوير والنحت والحفر والعمارة والفنون التطبيقية والزرغرفية. ٧- الصور التوضيحية والخرائط والتصميمات والمخططات والأعمال المجسمة المتعلقة بالجغرافيا والخرائط السطحية للأرض. ٨- برامج الحاسوب).

وتنص المادة (٧) من هذا القانون على أن: (لا تشمل الحماية المنصوص عليها في هذا القانون المصنفات التالية إلا إذا تميزت مجموعات هذه المصنفات بجهد شخصي ينطوي على الابتكار أو الترتيب: أ- القوانين والأنظمة والأحكام القضائية وقرارات الهيئات الإدارية والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق الرسمية لهذه المصنفات أو لأي جزء منها. ب- الأنباء المنشورة أو المذاعة أو المبثغة بصورة علنية. ج- المصنفات التي آلت إلى الملكية العامة، ويعتبر الفولكلور الوطني ملكاً عاماً لغايات هذه المادة، على أن يمارس الوزير حقوق المؤلف بالنسبة لهذه المصنفات في مواجهة التشويه أو التحوير أو الإضرار بالمصالح الثقافية).

(١) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم - الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية. الجزء الأول - مصادر الالتزام - الشركة الجديدة للطباعة - عمان / ١٩٩٣ - ص ٤٥.

المشوبة بعنصر أجنبي، بحيث صار من حق أطراف العلاقة أن لا يتقيدوا بقانون محل إبرام العقد وأن يختاروا صراحة أي قانون آخر ليحكم علاقتهم التعاقدية، وفي حالة سكوتهم يفترض أنهم قد اختاروا قانون محل إبرام عقدهم، هذا بالنسبة للجانب الموضوعي في العقد. أما من حيث الجانب الشكلي، فقد ظل خاضعاً لقانون محل إبرامه.

فبعدما كان الاختصاص التشريعي في التصرفات التعاقدية شكلاً وموضوعاً وبصورة مطلقة ينعقد لقانون محل إبرام العقد، صار للقانون المختار (La loi D'autonomie) الذي اقترحه (ديمولان) ما دام ذلك لا يضر بحقوق الغير ولا يمس سيادة الدولة ويتوافق مع مبدأ سلطان الإرادة. وقد تبنت تشريعات عديدة هذا المبدأ الجديد في إيطاليا وفرنسا وإنجلترا والدنمارك والمجر وتركيا وتبعته من البلاد العربية سوريا ومصر وليبيا ولبنان والأردن... إلخ، وطبقته المحاكم الفرنسية، بشرط أن تكون ممارسة الأفراد لحريتهم في اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية، في العقود المشوبة بعنصر أجنبي فقط. أي في (العقود الدولية) حصراً دون العقود الوطنية البحتة التي يجب أن يحكمها القانون الوطني حصراً وليس في مقدور الأفراد نقل الاختصاص منها إلى قانون أجنبي^(١).

وعليه سنتناول حرية الأفراد في اختيار القانون الذي يحكم ما ينشأ عن علاقاتهم التعاقدية من نزاعات، من حيث أساس هذا الاختيار (مبدأ قانون الإرادة) ونطاق تطبيقه وشكل الالتزام التعاقدي والقانون الذي يحكمه، عاقلين لذلك المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول

مبدأ قانون الإرادة

ما يميز القانون المختار هو أنه يدخل في حكمه عناصر شخصية ونفسية ولعل العنصر الشخصي الأكثر أهمية هو إرادة الأطراف. والتعبير عن الإرادة لاختيار القانون الواجب تطبيقه في الالتزام التعاقدي الدولي قد يكون صريحاً أو ضمناً كالاتي:

١- التعبير الصريح عن الإرادة: إن البحث عن نية أطراف العلاقة القانونية فيما يتعلق بالقانون الواجب تطبيقه لا يثير الإشكال عندما يكون التعبير عن هذه الإرادة صريحاً، بمعنى حينما يكون الأطراف قد نصوا صراحة في عقدهم على اختيار قانون معين ليحكمه. ففي هذه الحالة يعتبر هذا القانون المختار هو المختص بشرط ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب في دولة القاضي.

٢- التعبير الضمني عن الإرادة: من النادر أن يتجاهل الأطراف في العقود الدولية تحديد القانون الواجب تطبيقه عليها بصورة صريحة، ومع ذلك فهناك من الحالات ما لا تكون فيها إرادة الأطراف واضحة، فتسعى المحكمة إلى البحث عن هذه الإرادة في تحديدها للقانون الواجب تطبيقه من خلال أي تعبير ضمني عنها، مثل وجود نص مستق

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٤٧ وما بعدها والدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٧٤ والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٢٠١ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٢١ و Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf. 83 و Prof. Dr. Osman Berki. sf. 297 - 304

من قانون دولة معينة في العقد أو شرط يقضي بإخضاع أي نزاع يثور حول العقد لاختصاص محكمة دولة معينة ... إلخ.

وإذا استعرضنا نصوص القانون المدني الأردني بشأن هذه المسألة، نجد أن الفقرة الأولى من المادة (٢٠) منه تنص على أن: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك). وهكذا نجد أن المشرع قد وضع قاعدة إسناد أصلية وقواعد إسناد احتياطية لهذه الحالة. وقاعدة الإسناد الأصلية هي المرتبطة بالإرادة في اختيار القانون المختص بتصريح المشرع في قوله: "ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك". وهنا لا بد لنا من توضيح أن الإرادة تعتبر بحكم تعبير المشرع (مطلقة) فيشمل الاتفاق الصريح والضمني، وإن مفهوم التعبير المطلق للإرادة يشمل إمكانية تطبيق أكثر من قانون في وقت واحد على العقد أو تجزئة العقد "Depecege" وتطبيق قوانين مختلفة على كل جزء منه طالما أن الإرادة قد اتجهت نحو ذلك. ولهذا يجب العمل ما أمكن على تجنب تجزئة القانون المختار من الناحية الموضوعية. ويبقى التساؤل قائماً حول ضرورة وجود صلة للعقد بالقانون أو القوانين التي يختارها الأطراف من عدمه، إذ يرى البعض ضرورة وجود هذه الصلة منعاً من استعمال حرية الاختيار للتحايل نحو القانون.

وإضافة إلى قاعدة الإسناد الأصلية، فقد أورد المشرع ضوابط إسناد احتياطية تتمثل في قانون الموطن المشترك وقانون محل إبرام العقد لتحل محل ضابط الإرادة في الحالات التي يعجز فيها القاضي عن كشف مضمون الإرادة لعدم وضوحها صراحة أو ضمناً أو لكون الإرادة غير متجهة نحو تجديد قانون معين.

فالقانون الواجب تطبيقه في الالتزامات التعاقدية بالتسلسل الذي أورده الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني هو:

١- القانون المختار من قبل أطراف العلاقة باتفاق صريح: كما لو تعاقد تاجر أردني مع تاجر فرنسي في الخارج على صفقة تجارية ونصا صراحة في عقدهما على أن يكون القانون العراقي هو الواجب تطبيقه على ما قد يثور من نزاع بشأن هذه العلاقة. وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه ما يلي: (حيث إن الفريقين قد اتفقا في عقد الشحن على تطبيق نصوص اتفاقية بروكسل لعام ١٩٢٤ التي حددت المبلغ الواجب ضمانه عن كل طرد أو وحدة من البضائع، فإن هذا الاتفاق يعد نافذاً بحق المتعاقدين وملزماً لهما على اعتبار أنه يشكل جزءاً من شروط العقد)^(١).

٢- القانون المختار من قبل أطراف العلاقة ضمناً: كأن يتفقوا على اختيار محكمة دولة معينة لتكون مختصة برؤية أي نزاع ينشأ بشأن علاقتهم التعاقدية. فهذا الاختيار قد يستدل منه موافقتهم ضمناً على أن تكون علاقتهم محكومة بقانون دولة تلك المحكمة أيضاً. أو كما لو استخدم المتعاقدان مصطلحات قانون دولة معينة في تحرير عقدهما، فيمكن اعتبار ذلك دليلاً على أن إرادتهما الضمنية قد اتجهت إلى تطبيق قانون تلك

(١) انظر القرار التمييزي حقوق رقم ١٩٨٢/٦٩٧ المنشور في مجلة نقابة المحامين السنة ٣١ ص ٢٢٧.

الدولة، أو كما لو حددت عملة دولة معينة للوفاء بالالتزامات الواردة في العقد والاستدلال من ذلك اتجاه نية المتعاقدين إلى إعطاء الاختصاص في علاقتهم التعاقدية لقانون دولة تلك العملة^(١)، أو كإبرام عقد أمام أحد القناصل واعتبار ذلك قرينة كافية لاستدلال اتجاه نية المتعاقدين ضمناً إلى تطبيق قانون دولة هذا القنصل في أي نزاع يثور بشأن العقد، أو كما لو تمت كتابة العقد بلغة دولة معينة واستدل القاضي من ذلك اتجاه إرادة المتعاقدين ضمناً إلى اختيار قانون تلك الدولة، أو إذا اتفق على تنفيذ العقد مثلاً في عمان واستدل من ذلك انصراف إرادة المتعاقدين الضمنية إلى تطبيق القانون الأردني في العقد المبرم.

وكذلك يمكن الاستدلال من سلوك الفرقاء بعد إنشاء العقد لاستخلاص انصراف إرادة المتعاقدين إلى إعطاء الاختصاص ضمناً لقانون معين، كما لو طلب أحد أطراف العلاقة أمام المحكمة تطبيق قانون دولة معينة وسكت الباقي على ذلك دون إشارة أي اعتراض.

فلتحديد إرادة أطراف العلاقة الضمنية تتحرى المحكمة بمطلق تقديرها عن نية المتعاقدين عند تطبيق قانون محل إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ أو أي قانون آخر تنصرف إرادتهم إلى اختياره ضمناً.

٣- وإذا لم يختار أطراف العلاقة قانوناً معيناً ليحكم علاقتهم صراحة أو ضمناً، وكانوا يتحدثون في موطن مشترك، فإن قانون موطنهم المشترك هو الواجب تطبيقه على أساس الإرادة المفترضة.

٤- وإذا اختلف الطرفان في الموطن سرى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، كما لو تعاقد أردني متوطن في إنكلترا مع فرنسي متوطن في أمريكا وتم التعاقد بينهما في ألمانيا، فيعتبر القانون الألماني في هذه الحالة هو الواجب تطبيقه باعتباره قانون الدولة التي تم فيها العقد، وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية^(٢). علماً أن وجود أو عدم وجود موطن مشترك لأطراف العلاقة القانونية لا يؤثر في حرية اختيار القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية^(٣).

وبالرجوع إلى نص المادة (١/٢٠) نجد أن المشرع قد استعمل تعبير "يسري على الالتزامات التعاقدية"، وقد يفهم من ذلك أن المقصود بهذا التعبير هو آثار التصرفات

(١) ينعدم دور العملة كقرينة إسناد لتعيين القانون المختار الواجب تطبيقه في التصرفات التعاقدية المشوبة بعنصر أجنبي عام ٢٠٠٢م عندما تلغى العملة الوطنية لـ (١١) دولة أوروبية ليحل محلها (اليورو) كعملة أوروبية موحدة لتلك الدول إذا اشترط الوفاء بالالتزامات المالية في العقد باليورو.

(٢) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية - تمييز حقوق رقم ٨٣/٥٣٩ الصادر في ١٠/١١/١٩٨٣ والذي جاء فيه: (١- إذا لم يتحد الموطن الذي يقيم فيه المتعاقدان فإن قانون الدولة التي تم فيها العقد هو الواجب التطبيق عملاً بالفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون المدني ولا يترتب على تسجيل فرع للشركة الأجنبية في الأردن اعتبار الأردن موطناً لمركز الشركة الرئيسي ما دام أن العقد مبرم بين المدعي والمركز الرئيسي للشركة خارج الأردن). وانظر كذلك قرار محكمة التمييز الأردنية. حقوق رقم ١٩٩٨/٤٧٠ المنشور في مجلة نقابة المحامين. المنة ٣٧ العدد العاشر. ص ٢٠١٩.

(٣) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية. تمييز حقوق رقم ١٩٨٨/٦٧ المنشور في مجلة نقابة المحامين. العدد الخامس والسادس سنة ١٩٩٠. ص ١٠٨٠.

القانونية دون غيرها، بينما من المتفق عليه أن قصد المشرع من نص المادة (١/٢٠) هو تنظيم العقد الدولي، أي العقد المشوب بعنصر أجنبي في مرحلتين تكوينيه وترتب الآثار عليه، ويؤيد وجهة النظر هذه، أن المشرع قسم الالتزامات من حيث معاملتها بالنصوص إلى التزامات تعاقدية بموجب المادة (١/٢٠)، والتزامات غير تعاقدية بموجب المادة (١/٢٢) من القانون المدني، فيستشف من ذلك أن المشرع قد قصد مصادر الالتزام وآثاره، ولهذا فإن المسائل التي تدخل ضمن نطاق قانون الإرادة والمسائل التي لا تدخل ضمن نطاقه بالنسبة لتكوين العقد وآثاره هي كما يلي:

أولاً- المسائل التي تدخل ضمن نطاق قانون الإرادة:

- ١- أركانها وشروط صحتها ونهايته وآثاره وخاصة في المسائل التالية:
- ١- موضوع العقد ضمن حدود النظام العام والآداب.
- ٢- ما يتعلق بتكوين العقد وأركانها من رضا وسبب ومحل ... إلخ.
- ٣- ما يتعلق بأسباب فساد الإرادة، كالغلط والتعريض والإكراه ... إلخ.
- ٤- الوفاء بالالتزام ومواعيده وطرقه ... إلخ.
- ٥- تفسير العقد.
- ٦- المسؤولية التعاقدية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات ما لم يكن ذلك منافياً للنظام العام والآداب. فمثلاً لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الجرمية.
- ٧- القوة القاهرة وقيمة العطل والضرر والتأخير من جرائها.
- ٨- بداية الالتزام ونهايته وانتقاله.
- ٩- فسخ العقد ومدى حق أطراف العلاقة في ذلك عند عدم تنفيذ الالتزامات من قبل أحدهم أو بعضهم.

ثانياً- المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة:

تخرج بعض المسائل عن نطاق قانون الإرادة وتخضع لقواعدها الخاصة وهذه المسائل هي:

- ١- غالبية التشريعات تجعل مجال تطبيق قانون الإرادة في نطاق القواعد القانونية المكملية أو المفسرة المنظمة للروابط الخاصة بين الأفراد دون نطاق القواعد القانونية الأمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام في المجتمع. لأن القواعد الأمرة أو الناهية لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها واستبعاد تطبيقها أصلاً، وبالتالي لا يجوز نقل الاختصاص التشريعي منها إلى قانون آخر مختار. ولهذا فإن حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب تطبيقه في تصرفاتهم التعاقدية تقتصر على ما تحكمه القواعد المكملية أو المفسرة التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها وإخضاعها لقانون آخر مختار^(١) دون القواعد الأمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام والآداب، وذلك تطبيقاً لقاعدة الإسناد في المادة (٢٩) في القانون المدني التي تنص على أن: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي

(١) نظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٧٨ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٤٩.

عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

٢- ومن المتفق عليه أن تحديد أهلية أطراف العلاقة تخرج من نطاق قانون الإرادة أيضاً، لأنها محكومة بقانون الجنسية وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم).

٣- ومن المتفق عليه أيضاً أن العقود المتعلقة بالعقار تخرج من نطاق قانون الإرادة، لأنها محكومة بقانون موقع العقار وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار).

٤- العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن تكون متعلقة بالمصلحة الخاصة للأفراد، فلا يشمل ذلك العلاقة القانونية المتعلقة بالمصلحة العامة، كعقد الشركات الذي يخضع لقانون محل مركز إدارتها الرئيس. لأن لعقد الشركات ماهية النظام العام ويكون محمياً بأحكام القانون الجنائي، وهذا ما تؤكد الفقرة (٢) من المادة (١٢) من القانون المدني الأردني بقولها: (أما النظام القانوني للأشخاص الحكيمة الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيس الفعلي، فإذا باشرت نشاطها الرئيس في المملكة الأردنية الهاشمية، فإن القانون الأردني هو الذي يسري).

٥- وتخرج من نطاق قانون الإرادة المسائل التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية، مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي، حيث أن هذه العلاقات تخضع لقانون العمل والضمان الاجتماعي الوطني ولا مجال لنقل الاختصاص فيها إلى قانون آخر مختار عن طريق الإرادة، لأنه لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الأحكام المتعلقة بمثل هذه العلاقات أصلاً، وهذا ما تنص عليه المادة (٤/أ) من قانون العمل الأردني بقولها: (يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل نفاذ هذا القانون أو بعده، يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها إياه هذا القانون^(١)).

٦- ومن المتفق عليه أيضاً أن العلاقة القانونية الخاضعة لقانون الإرادة يجب أن لا تكون من المسائل المتعلقة بالميراث والوصية، كالاتفاق على التوارث أو على تقسيم التركة بشكل مخالف للقانون، خاصة إذا كان الاتفاق متعلقاً بالمال غير المنقول. فالإرث والوصية يحكمهما قانون المورث والموصي وقت موتهما وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته).

(١) انظر مؤلفنا - شرح قانون العمل الأردني - دراسة مقارنة - مكتبة الفجر - إربد - ١٩٩٩ - ص ١٧.

٧- دور الإرادة يقتصر على اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية، وعليه تخرج مسائل الأحوال الشخصية عن نطاق قانون الإرادة، كالزواج والطلاق والنفقة والحضانة والبنوة... إلخ. حيث تخضع هذه المسائل للقانون الشخصي وفقاً للقواعد الخاصة بها.

٨- تخضع عقود التأمين المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار، وتخضع عقود التأمين المتعلقة ببعض المنقولات كالطائرات والبواخر لقانون بلد التسجيل لا لقانون الإرادة.

٩- وكذلك تخرج عن نطاق قانون الإرادة الأموال المنقولة، لأنها تخضع بموجب المادة (١٩) من القانون المدني الأردني لقانون الجهة التي توجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى فيها أو فقدها.

القانون الذي يحكم العقود التي تبرم بالمراسلة:

إذا كان من السهل تحديد محل انعقاد العقد المبرم بين حاضرين في مجلس واحد، فقد يصعب تحديد محل انعقاده بين غائبين إذا تم بالمراسلة، كما لو تم التعاقد بشأن صفقة تجارية بين أردني وإنكليزي بالفاكس أو التلكس أو البرقية أو البريد أو بالانترنت^(١). ففي هذه الحالة يبحث عن المكان الذي يعتبر محلاً لانعقاد العقد لإعطاء الاختصاص التشريعي لقانون هذا المكان في أي نزاع بشأنه. ولتحديد هذا المكان اختلفت النظريات كالآتي:

١- نظرية تذهب إلى اعتبار المكان الذي يتسلم فيه الموجب القبول مكاناً لانعقاد العقد، مما يجب إعطاء الاختصاص لقانون ذلك المكان في أي نزاع يثور بشأنه. فلو أرسل تاجر أردني قبوله إلى تاجر بريطاني وتسلم التاجر البريطاني هذا القبول في بريطانيا، تعتبر بريطانيا مكاناً لانعقاد العقد بينهما ويعطى الاختصاص في أي نزاع بشأنه إلى القانون البريطاني (نظرية مكان تسلم القبول).

٢- ونظرية أخرى تذهب إلى أن محل انعقاد العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، مما يجب إعطاء الاختصاص لقانون ذلك المكان في أي نزاع يثور بشأنه. فلو أرسل تاجر أردني قبوله إلى موجب بريطاني في بريطانيا ولكن الموجب البريطاني لم يعلم بهذا القبول إلا في باريس، فتعتبر فرنسا مكاناً لانعقاد العقد بينهما ويعطى الاختصاص في أي نزاع بشأنه إلى القانون الفرنسي (نظرية مكان العلم بالقبول).

٣- ونظرية أخرى تذهب إلى أن محل انعقاد العقد هو المكان الذي يعلن فيه القابل قبوله، كأن يعلن قبوله في محفل بالأردن، فيعتبر الأردن عندئذ مكاناً لانعقاد العقد ويعطى الاختصاص للقانون الأردني في أي نزاع يثور بشأن هذا العقد (نظرية مكان إعلان القبول).

٤- ونظرية أخرى تذهب إلى أن محل انعقاد العقد هو المكان الذي يرسل منه القابل قبوله، مما يجب إعطاء الاختصاص لقانون ذلك المكان في أي نزاع يثور بشأن العقد. كما لو تسلم تاجر أردني رسالة من تاجر ألماني يعرض عليه فيها بضاعته التجارية ويعلن التاجر الأردني قبوله في محفل بالأردن ولكنه لأسباب اضطرارية يذهب إلى بيروت

(١) بمقتضى المادة (١٠٢) من القانون المدني الأردني يعتبر التعاقد بالهاتف أو بآلة ماثلة بالنسبة للمكان كأنه قد تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس.

ومن هناك يبعث برسالة إلى التاجر الألماني يبين فيها موافقته على العرض، فيعتبر إقليم لبنان مكاناً لانعقاد العقد ويعطى الاختصاص للقانون اللبناني في أي نزاع يثور بشأنه (نظرية مكان إرسال القبول) (١).

وقد أخذ المشرع الأردني بالنظرية الثالثة: (نظرية مكان إعلان القبول) في المادة (١٠١) من القانون المدني التي تنص على أنه: (إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك).

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم شكل الالتزام التعاقدى

الشكلية في التصرف القانوني عبارة عن إجراءات خارجية يتم بها الإشهار، مثل التسجيل وحضور الشهود والكتابة ... إلخ.

ولما كانت الشكلية المنصوص عليها في التشريعات تختلف من دولة إلى أخرى، فإن ذلك يثير التنازع بين القوانين ولا بد من حل هذا التنازع بتحديد القانون الواجب تطبيقه على الشكلية المطلوبة في التصرفات التعاقدية. علماً أن تحديد ما يعتبر من الشكل أو الموضوع مسألة تتعلق بالتكييف ويخضع لقانون القاضي كما سبق أن ذكرنا ذلك عند شرح التكييف.

فالأصل في القوانين الحديثة هو الرضائية في إبرام العقود استناداً إلى مبدأ حرية الإرادة. وتتوفر هذه الرضائية في الالتزامات التعاقدية بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مادامت منسجمة مع الأسس والضوابط التي يقرها النظام القانوني في الدولة. وعليه فإن الرأي الغالب منذ القديم يذهب إلى أن الشكلية في الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون محل إبرامها. ولكن تغييراً قد طرأ على هذا الرأي بحيث خُف من إطلاقه وأجيز خضوع الشكلية في الالتزام التعاقدى للقانون الشخصي أو للقانون المختار أو لقانون الموطن المشترك للمتعهدين.

فرغم حرية الإرادة في مجال التعاقد وانعقاد التصرفات التعاقدية بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول في العقد المبرم بين المتعهدين متى استوفى هذا العقد أركانه وشروطه القانونية، إلا أن القانون قد يفرض شكلية معينة يجب مراعاتها لاستكمال الصيغة النهائية للعقود المتعلقة بالعقار والحقوق العينية فيه، بحيث أن أثر التصرف يتراخى إلى حين استكمال هذه الشكلية بغية تنبيه أطراف العلاقة إلى أهمية وخطورة هذا التصرف الذي أقدموا عليه ولجعل الغير على بينة وعلم بمضمونه. ولهذا تنص المادة (٩٠) من القانون المدني الأردني على أن: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

وتنص المادة (١١٤٨) منه على أن: (لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى في العقار بين المتعهدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به) (٢).

(١) لتفاصيل ذلك راجع الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٢٠٤ - ٢٠٥.

(٢) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٧١.

وتنص المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ على أن: (لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأراضي والمياه صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل).

كما يلاحظ أن نقل ملكية السيارة في الأردن يحتاج إلى شكلية معينة تتمثل في الحضور أمام ضابط تسجيل المركبات في دائرة الترخيص للإقرار وتوثيق العقد أمامه وإلا فلا تنتقل ملكية السيارة من البائع إلى المشتري بمجرد الاتفاق، وهذا ما جاء في قرار لمحكمة تمييز الأردن من أن: (بيوع السيارات دون تسجيل بدائرة الترخيص باطله ولا أثر لها)^(١).

ومما يلاحظ أن الشكلية التي فرضها المشرع لاتعقاد بعض العقود وترتب آثارها، خرجت من نطاق مبدأ خضوع شكل التصرف التعاقدي لقانون محل إبرامه. لأن هذه الشكلية صارت ركناً من أركان العقد وشرطاً موضوعياً في العقار وبعض المنقولات، مثل السيارة والباخرة والطائرة، سواء أكان هذا التصرف بيعاً أم هبة أم رهناً، وتخضع للقانون الذي يحكم الموضوع.

فملكية العقار في الأردن والحقوق العينية المتعلقة بها لا تنتقل من البائع إلى المشتري إلا باستيفاء الشكل الذي فرضه القانون وهو التسجيل في دائرة الأراضي، والتسجيل في السجل الخاص أمام الموظف المختص ببلد التسجيل بالنسبة للسيارة والطائرة والباخرة والمكائن. وأي نزاع بخصوص ذلك يخضع للقانون الذي يحكم الموضوع^(٢). وكذلك تخرج إجراءات التقاضي من نطاق قاعدة خضوع الشكل لقانون محل إبرام التصرف التعاقدي، وهذا ما تنص عليه المادة (٢٣) من القانون المدني الأردني بقولها: (يسري قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تبأثر فيه إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي).

وكذلك لا تطبق الشكلية المقررة في قانون محل إبرام العقد إذا كانت تخالف النظام العام أو الآداب في الأردن بموجب المادة (٢٩) من القانون المدني. أما الشكلية التي تخضع لقانون مكان إبرام العقد فهي مظاهر إشهار خارجية للتعبير عن الإرادة، كتحرير العقد بالشكل الرسمي أو العرفي، وحضور الشهود، وما يجب ذكره في المحررات، والشكل المادي لها وعدد النسخ اللازمة منها، والطقوس الدينية والإشارة الواجب القيام بها للتعبير عنها^(٣).

فالمشرع الأردني لم يخضع هذه الشكلية في التصرفات التعاقدية لقانون بلد إبرامها فقط، بل اعتد بأكثر من ضابط، لأنه اعتبر هذه الشكلية صحيحة إذا تمت وفقاً لقانون محل إبرام العقد أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية أو لقانون الموطن المشترك

(١) انظر هذا القرار المنشور برقم - تمييز حقوق ١٩٨٨/٨٧٤ في مجلة نقابة المحامين السنة ٣٨-١٩٨٨- ص ٢٠٥٧.

(٢) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص ٢٤١ وما بعدها.

(٣) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٧٠ والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٩٨ - ٣٠٢.

للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك، حيث تنص المادة (٢١) من القانون المدني على أن: (تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك)^(١).

ونص في الفقرة الثانية من المادة (١٣) منه بالنسبة للشروط الشكلية لعقد الزواج على أن: (أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين).

المبحث الخامس

القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية

(الفعل الضار والفعل النافع)

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار الذي تبني عليه (المسؤولية التقصيرية)، والالتزامات الناشئة عن الفعل النافع (الإثراء دون سبب مشروع)، وعليه لا بد لنا من شرحهما بشيء من الإفاضة في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

القانون الذي يحكم الفعل الضار

(المسؤولية التقصيرية)

الفعل الضار هو كل عمل مادي يقوم به الشخص ويقع على المال، ومنه الإتلاف والغصب والحرق أو على النفس، ومنه القتل والجرح والضرب والإيذاء ويلحق الضرر بشخص آخر، فيرتب عليه القانون مسؤولية مدنية بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية يحق للمتضرر بموجبها أن يطالب مرتكب الفعل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه على أساس المسؤولية التقصيرية، سواء أكان الفعل الضار الذي نتج عنه الضرر قد وقع عمداً أم نتيجة إهمال أو تقصير. فالمسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني تقوم على ثلاثة أركان هي:

١- فعل ضار.

٢- وقوع ضرر.

٣- علاقة سببية بين الفعل الضار والضرر.

فلا يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني وقوع خطأ من الفاعل، بل يشترط وقوع فعل ضار منه، تمشياً مع أحكام الفقه الإسلامي التي تعتد بالفعل

(١) تنص المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي على أن: (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها). وتنص المادة (٦) من قانون تنازع القوانين التركي على أن: (يخضع شكل التصرف القانوني لقانون الدولة التي تم فيها أو للقانون الذي يحكم موضوع التصرف) وتنص المادة (٣٠) من القانون المدني اليمني على أن: (يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه أو للقانون الذي يحكم موضوعها أو قانون موطن المتعاقدين المشترك أو قانونهما الوطني المشترك).

المادي فقط دون العنصر المعنوي القائم على إدراك أثر الفعل^(١). إذ تنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على أن: (كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)^(٢).

فالصغير إذا أتلّف مال الغير بفعله الضار لزمه الضمان من ماله. وإن لم يكن له مال ينتظر يسر حاله، ولا يسأل من وجبت عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة الصغير بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية إلا إذا لم يستطع إثبات قيامه بواجب الرقابة، أو إذا لم يتمكن من إثبات أن الضرر كان يقع ولو قام بهذا الواجب وبما ينبغي من العناية. فإذا عجز عن إثبات هذه الناحية، للمحكمة حينئذ بناء على طلب المتضرر أن تلزم ولي الصغير، مثل الأب أو الجد بأداء الضمان المحكوم به على الصغير الذي أوقع الضرر. لأن الأصل (أن لا يسأل أحد عن فعل غيره). ولكن يحق لمن أدى الضمان أن يرجع بما دفعه على المحكوم عليه^(٣). بينما في قوانين بعض الدول يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وقوع خطأ والخطأ يستلزم الإدراك والإدراك لا يتوافر إلا في الشخص المميز. ويبدأ التنازع بين القوانين عندما يقع الفعل الضار في دولة وتقام الدعوى الخاصة بالتعويض لدى محكمة دولة أخرى. فلأي قانون يخضع مثل هذا النزاع؟

تخضع المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار لقانون مكان وقوعه في قوانين أغلب الدول، كما في العراق ومصر وإيطاليا وألمانيا وسويسرا واليابان وتركيا. أي قانون الدولة التي وقعت فيها الحادثة المنشئة للالتزام، وذلك لأن المحكمة التي تنظر في المسؤولية التقصيرية تلزم الفاعل بدفع التعويض لجبر الأضرار الحاصلة مادياً وتقدر هذه الأضرار بحسب الظروف المحلية السائدة، كما هو الحال بالنسبة لحوادث السير^(٤).

فالأفعال الضارة تعتبر خرقاً لقواعد السلوك في المجتمع الذي وقعت فيه، وإن مسألة تقدير مدى مخالفة قواعد السلوك في مجتمع ما يقدر في ضوء أحكام قانون ذلك المجتمع الذي ارتكبت فيه المخالفة. فبمقتضى هذا القانون يقدر حجم المخالفة ومقدار التعويض الواجب دفعه لجبر الضرر وإصلاحه^(٥).

وقد أخذ المشرع الأردني بمبدأ إخضاع المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام عندما نص في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من القانون المدني على أن: (١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام)، ولكنه عاد فأورد في الفقرة الثانية من المادة (٢٢) المذكورة استثناء على ذلك بقوله: (٢- ولا تسري أحكام الفقرة السابقة بالنسبة إلى

(١) تنص المادة (٢٧٤) من القانون المدني الأردني على أن: (كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين أو لمن كان يعولهم، وحرّموا من ذلك بسبب الفعل الضار).

وتنص المادة (٢٧٥) منه على أن: (من أتلّف مال غيره أو أفسده ضمن مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمنين).

(٢) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٩١.

(٣) انظر المادة (٢/٢٨٨) من القانون المدني الأردني.

(٤) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٩٣.

(٥) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٥٩.

الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه).
فلإمكان رفع دعوى المسؤولية التقصيرية في الأردن بشأن فعل ضار وقع في خارج المملكة الأردنية الهاشمية يجب أن يكون هذا الفعل ضاراً وفق القانون الأردني أيضاً. فإذا كانت الالتزامات ناشئة عن فعل يعتبر ضاراً في قانون البلد الذي وقع فيه الفعل وغير ضار في القانون الأردني، ترد الدعوى. لأن إلحاق وصف المشروع بواقعة من الوقائع أو نفي هذا الوصف عنها أمر يتعلق بالنظام العام. فإذا كيف القاضي الأردني المرفوعة إليه الدعوى الفعل المرتكب في الخارج بأنه مشروع وغير ضار في الأردن، فلا محل عندئذ لإعمال النص الوارد في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) حتى وإن كان هذا الفعل غير مشروع وضار في البلد الذي وقع فيه. فالقاضي الأردني المعروضة عليه مثل هذه الدعوى لا يقوم بإعمال نص المادة (٢٩) من القانون المدني واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص في الدعوى الذي يعتبر الفعل ضاراً بسبب مخالفته للنظام العام في الأردن، وإنما يرد الدعوى طبقاً لنص خاص صريح في القانون المدني، وهو الفقرة الثانية من المادة (٢٢) على أساس أن الفعل الواقع غير ضار ومشروع في الأردن. وذلك لأنه عند وجود نص خاص لا يصار إلى النص العام.

إن لا صعوبة في الأمر عندما يراد تحديد القانون الواجب تطبيقه إذا وقع الفعل الضار وضرره في دولة واحدة، أو إذا وقع الفعل الضار في دولة وتحقق ضرره في دولة أخرى، كتقليد علامة فارقة تجارية في دولة واستعمالها في دولة أخرى، أو كإرسال خطاب سب وشتم وقذف من دولة وتسلمه في دولة أخرى، أو كسحب شيك بدون رصيد في دولة وتقديمه للصرف إلى بنك في دولة أخرى واتضح عدم وجود رصيد للساحب في ذلك البنك، وإنما الصعوبة قد تظهر عملياً إذا تجزأت وتفرقت عناصر الواقعة المنشئة للالتزام بوقوعها في إقليم أكثر من دولة، عندما يقع الفعل الضار في إقليم دولة ويتحقق ضرره في أقاليم عدة دول، كتقديم الطعام المسموم إلى أحد المسافرين بالقطار في محطة الموصل بالعراق وظهور أثر السم على المجنى عليه في محطة القامشلي السورية ووفاته في محطة نصيبين بتركيا. فما هو القانون الواجب تطبيقه في مثل هذه الحالات. هل هو قانون محل ارتكاب الفعل الضار أم قانون مكان تحقق الضرر؟

١- يذهب رأي إلى وجوب تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار، لأن الضرر ليس إلا نتيجة للفعل الضار الذي يجب أن يقدر بقانون البلد الذي ارتكب فيه، باعتبار أن القانون المحلي بالنسبة للمسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الضارة يتدخل كنص أمر من نصوص الأمن المدني لتأمين الناس ومنع ارتكاب الأعمال الضارة غير المشروعة ضدهم. فإذا ارتكبت تلك الأفعال التزم مرتكبوها بالتعويض وفقاً لقانون المحل الذي خولف فيه الأمر الذي يقضي بالامتناع عن ارتكاب الفعل غير المشروع، ولا أهمية لمكان تحقق الضرر^(١).

(١) انظر الدكتور جابر الراوي - المرجع السابق - ص ١٢٥.

٢- ويذهب رأي آخر إلى وجوب تطبيق قانون محل تحقق الضرر باعتبار ان غاية القانون المحلي هي تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، والضرر هذا يجب أن يقدر بقانون مكان تحققه باعتباره قانون المكان الذي اختل فيه التوازن بين المصالح التي يهدف القانون إلى حمايتها، مما يجب إعطاء الاختصاص في هذه الحالة لقانون الدولة التي يتحقق فيها الضرر الرئيس، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية خلاصتها أن امرأة وضعت طفلاً في فرنسا نتيجة إغراء تم في البرتغال، فاعتبر الضرر الرئيس قد وقع بولادة الطفل في فرنسا واعتبر القانون الفرنسي هو قانون محل تحقق الضرر الرئيس^(١). وفي حالة إرسال كتاب سب أو شتم من بلد إلى آخر يعتبر الضرر الرئيس قد وقع في المكان الذي يتم فيه تسليم هذا الكتاب ويعتبر قانون هذا المكان هو المختص^(٢).

٣- ويذهب رأي آخر إلى وجوب تطبيق القانون الأصلح للمتضرر بإعطاء الحق له في الاختيار بين قانون محل وقوع الفعل الضار وقانون محل تحقق الضرر أيهما أصلح وأنفع له، وهذا الرأي هو الذي يحقق العدالة وأخذ به القضاء الألماني^(٣).

أما المشرع الأردني، فقد أخذ بالرأي الأول في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من القانون المدني ووضع قاعدة عامة أخضع فيها الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام، سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم النافع لقانون البلد الذي يقع فيه الفعل المنشئ للالتزام^(٤). ولكن قد تظهر الصعوبة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على الفعل الضار إذا وقع في مكان تنتفي فيه السيادة تماماً، كالتصادم البحري بين بواخر من جنسيات مختلفة في المياه الحرة التي لا تخضع لسيادة أية دولة، باعتبارها من أعالي البحار، أو كالتصادم الذي يحصل بين الطائرات في أجواء فضائية حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة. وعليه من المفيد شرح هاتين الحالتين بشيء من الإفاضة.

أولاً- بالنسبة للتصادم البحري:

إن حل التنازع المتولد من التصادم البحري وتحديد القانون الواجب تطبيقه عليه يختلف فيما إذا كان التصادم قد وقع في مياه حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة أو في مياه إقليمية خاضعة لسيادة دولة أجنبية، وفيما إذا كانت البواخر المصطدمة من جنسية دولة واحدة أو من جنسيات دول مختلفة. فإذا وقع التصادم في مياه إقليمية خاضعة لسيادة دولة أجنبية، تحدد المسؤولية التقصيرية وفقاً لقانون تلك الدولة صاحبة المياه الإقليمية باعتباره قانوناً لمكان وقوع الفعل الضار، سواء أكانت البواخر المصطدمة من جنسية واحدة أم من جنسيات مختلفة.

أما إذا وقع التصادم في مياه حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة وكانت جنسية البواخر المصطدمة مختلفة، فإن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار تخضع بحسب أحد الآراء لقانون دولة العلم الذي ترفعه الباخرة المسببة للضرر، ولقانون جنسية الباخرة المتضررة بحسب رأي آخر، وهذا ما أخذ به قرار صادر سنة ١٩٢٧ من محكمة

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداوي - المرجع السابق - ص ١٦٣.

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٩٥ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداوي - المرجع السابق - ص ١٦٢.

(٣) انظر الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٧٢.

(٤) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني. ج ١ - ص ٥٠.

العدل الدولية الدائمة في قضية الباخرة الفرنسية (لوتس) التي اصطدمت بالباخرة التركية (بوزكورت) في عرض البحر اصطداماً أدى إلى إحداث أضرار فادحة بالباخرة التركية وبأرواح طاقمها. وعندما رست الباخرة (لوتس) في ميناء تركي قامت الحكومة التركية بمعاينة ربانها ومساعديه وتقدير التعويضات عن الخسائر في الباخرة التركية (بوزكورت) وفي أرواح طاقمها وفقاً للقانون التركي، فاحتجت الحكومة الفرنسية على ذلك وطالبت بإخضاع تقدير الأضرار الناتجة عن التصادم البحري في المياه الحرة لقانون الدولة التي تحمل الباخرة المسببة للضرر علمها. ولدى إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية الدائمة قضت المحكمة في قرارها ببطلان دفع الحكومة الفرنسية لما لاحظته المحكمة من عدم وجود قاعدة تقضي بمسؤولية تركيا عن الإجراءات التي اتخذتها ضد الباخرة الفرنسية وفقاً للقانون التركي^(١).

وذهب رأي ثالث إلى إعطاء الاختصاص في مثل هذا النزاع إلى قانون القاضي المرفوع إليه النزاع (Lex Fori)، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي لانتهاء السلطة في محل وقوع الحادث، ولأن قانون قاضي الموضوع يعتبر دائماً صاحب الاختصاص الاحتياطي في حالة عدم وجود قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب تطبيقه في النزاع^(٢).

أما إذا وقع الفعل الضار على متن الباخرة من قبل أحد أفراد طاقمها على آخر بالضرب أو القتل أو الجرح، فإن قانون الدولة التي تتمتع الباخرة بجنسيتها هو الذي يعتبر مختصاً في حكم المسؤولية التقصيرية الناتجة عن هذا الفعل الضار باعتباره قانوناً لمحل وقوعه، سواء أكانت الباخرة في مياه حرة غير خاضعة لسيادة أية دولة أم في مياه إقليمية خاضعة لسيادة دولة معينة وقت ارتكاب الفعل الضار على متنها^(٣).

ثانياً - بالنسبة للتصادم الجوي:

إن ما ينطبق من أسس على تحديد المسؤولية التقصيرية في التصادم البحري ينطبق على تحديد المسؤولية التقصيرية في التصادم الجوي. ولذلك فإن معظم الأحكام الخاصة بالباخرة تتبع أيضاً بشأن الطائرة مع وجود بعض النصوص الخاصة بالمسؤولية عن التصادم الجوي في اتفاقية وإرشو لعام ١٩٢٩ المعدلة بخصوص النقل الجوي، واتفاقية شيكاغو للملاحة المدنية الدولية لعام ١٩٤٤ واتفاقية مونتريال واتفاقية طوكيو للطيران المدني... إلخ.

المطلب الثاني

القانون الذي يحكم الفعل النافع

(الإثراء دون سبب مشروع)

الفعل النافع هو كل عمل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر بشكل يؤدي إلى (اغتناء) الذمة المالية للأول و (افتقار) الذمة المالية للثاني دون سبب مشروع، مما يترتب الحق لمن افتقرت ذمته المالية في الرجوع على من أثرى على حسابه

(١) انظر مؤلفنا - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٤٨.

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٢٩٧ والدكتور جابر إبراهيم الراوي - المرجع السابق - ص ١٢٤ - ١٢٥ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غائب الداودي - المرجع السابق - ص ١٦١ و Prof. Dr.

Osman Berkı, sf. 314 - 315 Ve Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, sf. 97.

(٣) تنص المادة (٨) من قانون العقوبات الأردني على عدم سريان أحكامه على الجرائم المقررة في الإقليم الجوي والبحري والإقليمي الأردني على متن مركبة هوائية أو سفينة أجنبية إذا لم تتجاوز الجريمة سفينة أو المركبة الهوائية.

ومطالبته برد ما اثرى به من مال على حسابه بلا سبب مشروع^(١). ومن صور الفعل، النافع، الكسب بلا سبب^(٢) وقبض غير المستحق^(٣) والفضالة^(٤) ووفاء دين الغير بأمره^(٥). ولما كانت تطبيقات وشروط وأثار الفعل النافع تختلف من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، فإن التنازع قد يثور بين قوانين الدول المختلفة حول ذلك مما يستلزم تحديد القانون الواجب تطبيقه لحل هذا التنازع. فأى قانون يحكم التنازع المتولد من الفعل النافع؟ إذا كان أطراف العلاقة من جنسية واحدة ووقع الاغتناء والافتقار بينهم دون سبب مشروع طبق قانونهم الوطني المشترك.

وإذا كانوا من جنسيات مختلفة طبق قانون مكان وقوع فعل الإثراء أو الكسب بلا سبب. أي قانون محل حصول الاغتناء تسهيلاً لإقامة الدعوى وتحديد أركان فعل الإثراء أو الكسب بلا سبب وتحديد مقدار المال الذي يجب رده وتنفيذ الحكم^(٦).

وبالنسبة للمشرع الأردني، فإنه لم يورد أي نص خاص في القانون المدني بإسناد الفعل النافع إلى القانون الواجب تطبيقه، وإنما جاء بقاعدة عامة في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) منه تنص على أن: (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام). وجاء في المذكرة الإيضاحية للمادة (٢٢) المذكورة ما يلي: (... وتتحصر القاعدة العامة في خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام...)^(٧).

(١) انظر مؤلفنا- المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق- ص ٢٩٢.

(٢) نظم المشرع الأردني أحكام الكسب بلا سبب في المواد ٢٩٣-٢٩٥ من القانون المدني، فنص في المادة (٢٩٣) منه على أنه: (لا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب شرعي. فإن أخذه فعليه رده).

(٣) نظم المشرع الأردني أحكام قبض غير المستحق في المواد (٢٩٦ - ٣٠٠) من القانون المدني، فنص في المادة (٢٩٦) على أن: (من أدى شيئاً ظاناً أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله استرداده ممن قبضه إن كان قائماً ومثله أو قيمته إن لم يكن قائماً).

(٤) نظم المشرع الأردني أحكام الفضالة في المواد (٣٠١ - ٣٠٨) من القانون المدني، فنص في المادة (٣٠١) على أن: (من قام بفعل نافع للغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبه ضرورة أو قضى به عرف فأنه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه الأحكام التالية...).

(٥) نظم المشرع الأردني أحكام قضاء دين الغير في المادتين (٣٠٩ و ٣١٠) من القانون المدني، فنص في المادة (٣٠٩) على أن: (من أوفى دين غيره بأمره كان له الرجوع على الأمر بما أداه عنه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبة به سواء اشترط الرجوع عليه أم لم يشترط). وانظر أيضاً بهذا الصدد قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٩٣/١٠٤٠ المنشور في مجلة نقابة المحامين. السنة ٤٣- العددان الأول والثاني- ص ٢٧٤.

(٦) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي- المرجع السابق- ص ١٦٥-١٦٦ والدكتور معدود عبد الكريم حافظ- المرجع السابق- ص ٢٩٥ و Prof. Dr. Muammer Rasit Sevig, Devletler Hususi Hukuku. 2 B. C. 1. sf. 519, Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf. 98. Ve Prof. Dr. Osman Berki. sf. 316

(٧) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني / ج ١ - ص ٥٠.

الفصل الرابع

موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص

القانون الأجنبي المختص الذي يتقرر تطبيقه وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي ليحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي المرفوع إليه، قد يمتنع تطبيقه عندما يتعارض هذا التطبيق مع النظام العام والآداب أو المصلحة الوطنية أو إذا كان فيه تحايل على القانون (الغش نحو القانون). ففي بعض هذه الحالات يرفض قاضي الموضوع تطبيق القانون الأجنبي المختص، وقد يحل محله قانونه الوطني، وهذا ما يسمى بـ (موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص).

وحيث إننا سبق وأن شرحنا مانع (المصلحة الوطنية) في بحث الأهلية^(١)، فسوف نشرح النظام العام والغش نحو القانون بشيء من الإفاضة في المبحثين التاليين:

المبحث الأول

النظام العام

إذا تقرر تطبيق قانون أجنبي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي إشارة من قواعد الإسناد في قانون القاضي، هل يلتزم القاضي بتطبيق هذا القانون مطلقاً حتى ولو كان مخالفاً للنظام العام في دولته؟.

يكاد ينعقد الإجماع منذ زمن بعيد على عدم إمكان تطبيق هذا القانون في حالة مخالفته للنظام العام والآداب في بلد القاضي المرفوع إليه النزاع، بحيث يكون في مقدور القاضي استبعاد تطبيقه كلما اتضح له أنه يتنافى مع الأفكار الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في مجتمعه، وإحلال قانونه الوطني محله (Lex Fori).

فما هو النظام العام والآداب، وما هو نطاق تطبيقهما، وكيف يؤديان إلى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وما هو موقف المشرع الأردني من هذه المسألة؟. هذا ما سنجيب عليه في المطالب الأربعة التالية:

المطلب الأول

التعريف بالنظام العام والآداب

يرد مصطلح النظام العام كثيراً في دراسة القانون رغم أن مفهومه يستعصي على التحديد الدقيق بحيث لا يتيسر له تعريف جامع وضابط مستقر يحدد المقصود به ويعطي صورة منضبطة عن ماهيته رغم المحاولات الفردية والجماعية التي بذلت في سبيل الوصول إلى تبني تعريف جامع له. ولهذا فضل أغلب المشرعين عدم إعطاء تعريف محدد له، بل اكتفوا بتقريب معناه إلى الأذهان وبناء أساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة، سواء أكانت هذه المصلحة سياسية متعلقة بتنظيم الدولة أم اجتماعية متعلقة بتنظيم الأسرة أم اقتصادية متعلقة بتنظيم الإنتاج، وترتيب بطلان أي اتفاق خاص بين الأفراد يخالف أحكامه ويستبعد تطبيقه.

(١) راجع الصفحة (٩٥) وما بعدها من الكتاب.

والمشروع الأردني شأنه شأن المشرعين الآخرين أورد مصطلح النظام العام في نصوص كثيرة^(١) رغم أنه لم يأت بتعريف محدد له في قواعد الإسناد الأردنية واكتفى بذكر ما يعتبر منه على سبيل المثال في المادة (٣/١٦٣) من القانون المدني^(٢).

فالنظام العام هو مجموع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية أم دينية، ويعرض الإخلال بها كيان الجماعة إلى التصدع والانهيار.

ولا يقتصر مجال تطبيق النظام العام على فروع القانون العام، ولا يعتبر مفهوم النظام العام مترادفاً لمصطلح القانون العام كما يتصور البعض. لأن مفهوم النظام العام أوسع بكثير من مفهوم القانون العام، ويعمل به حتى في نطاق بعض المسائل التي تحكمها فروع القانون الخاص، مثل الميراث، وعلاقات العمل، والأهلية، والزواج، والحضانة، والإجراءات اللازمة للتصرف في العقار، والعقود الواقعة على بيع التركات المستقبلية، وبطلان عقود الاتجار بالعبيد، والتبني ... إلخ.

المطلب الثاني نطاق النظام العام

مفهوم النظام العام ليس مطلقاً ولا جامداً، بل هو نسبي ومتغير بحسب الزمان والمكان. فهو يتفاوت باختلاف الأنظمة والسياسات الفكرية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تسود المجتمعات، لأنه المنفذ الذي تتسرب منه النظريات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية إلى علم القانون. ويتسع مفهومه ويضيق بحسب حجم تدخل الدولة في تنظيم العلاقات في المجتمع بقواعد قانونية أمرة أو ناهية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وقيامها بوظائف جديدة غير وظائفها التقليدية التي كانت متروكة سابقاً لحرية الأفراد واتفاقاتهم الخاصة استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة^(٣). فمثلاً:-

١- إن العبيد فيما مضى كانوا يعدون من الأموال ومحلًا للتصرفات القانونية، كالبيع والشراء والهبة والإيجار ويخضعون لقانون الأشياء لا لقانون الأشخاص، لأن الاتجار بالرقيق كان أساس الحياة الاقتصادية ومن النظام العام في المجتمعات القديمة، مثل

(١) ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (١٦٣) من القانون المدني بقولها: (١- يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد. ٢- فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً). وتنص المادة (١٦٥) منه على أن: (١- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد. ٢- ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام والآداب).

(٢) تنص الفقرة (٣) من المادة (١٦٣) من القانون المدني على أن: (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

(٣) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٨٠ وما بعدها والاستاذ عبد الرحمن البراز - المرجع السابق - ص ٢٧٣ والدكتور شمس الدين الوكيل - مبادئ القانون - الطبعة الأولى - القاهرة / ١٩٦٨ - ص ٩٥ وعبد الباقي البكري وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطبعة التعليم العالي في الموصل / ١٩٨٩ - ص ٢١٣.

اليونان والرومان والعرب في الجاهلية^(١). بينما يحرم الاتجار بالرقيق في الوقت الحاضر وان أي عقد يبرم بشأن الاتجار بالرقيق يعتبر باطلا بسبب مخالفته للنظام العام.

٢- كان الطلاق يعتبر مخالفا للنظام العام في فرنسا ويمنعه القانون إلى عام ١٨٨٤م، بينما يجيزه القانون الفرنسي في الوقت الحاضر.

٣- كان التأمين على الحياة مخالفا للنظام العام سابقا على أساس انه يتضمن مبدأ المضاربة على الحياة وفيه نوع من المقامرة وتشجيع الإجرام، بينما يُعد اليوم أمرا مشروعاً يجيزه القانون باعتباره دعامة من دعائم الحياة الاقتصادية في المجتمعات الحديثة وتنص عليه التشريعات المعاصرة كنظام قانوني سائد غير مخالف للنظام العام.

٤- كان تعدد الزوجات أمراً مشروعاً غير مخالف للنظام العام في تركيا سابقاً، بينما يُعد اليوم عدم تعدد الزوجات هو من النظام العام في تركيا. وهكذا الأمر في العراق حيث كان تعدد الزوجات مباحاً بصورة مطلقة إلى سنة ١٩٥٩م ثم صار ممنوعاً في بعض الحالات ومخالفا للنظام العام.

٥- كان للذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث من النظام العام في تركيا ثم ألغي هذا المبدأ في التشريع التركي الحديث ولم يعد من النظام العام.

وما يُعد من النظام العام في مجتمع ما قد لا يُعد هكذا في مجتمع آخر. فمثلاً يباح تعدد الزوجات في القانون الأردني وفي الشريعة الإسلامية باعتباره من النظام العام، بينما يُعد الزواج بأكثر من واحدة مخالفاً للنظام العام في القوانين الأوروبية.

والطلاق مباح في القانون الأردني ويُعد ذلك من النظام العام، بينما لا يجوز الطلاق في القانون الإسباني ويُعد هذا المنع من النظام العام.

والتبني غير مباح في تشريعات الدول العربية وبعض الدول الإسلامية ومنها المملكة الأردنية الهاشمية، لأنه مخالف للنظام العام استناداً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، بينما يقره القانون التونسي والفرنسي والتركي.

وبيع التركات المستقبلية يعتبر مخالفاً للنظام العام في الأردن وهو لا يعتبر هكذا في سويسرا.

لقد توسع مفهوم النظام العام في منتصف القرن التاسع عشر بتأثير المذهب الاجتماعي حتى صارت روابط كثيرة تُعد من مقومات كيان الجماعة الأساسية وبالتالي من النظام العام، في حين كانت هذه الروابط قبل ذلك ألصق بمبدأ سلطان الإرادة والاتفاق الخاص بين الأفراد، كعلاقات العمل بين العامل وصاحب العمل مثلاً.

فحيث يسود المذهب الفردي يضيق مفهوم النظام العام، وحيث يسود المذهب الاجتماعي يتسع نطاق مفهومه. ولذلك عندما انهارت الاشتراكية في موطنها الأصلي (الاتحاد السوفياتي السابق) بدأ مفهوم النظام العام يتقلص ويضيق ويعود إلى حجمه الطبيعي الذي كان عليه قبل اجتياحه مبدأ سلطان الإرادة في ظل الاشتراكية^(٢).

(١) انظر مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٨١ والدكتور علي محمد بدير - المدخل لدراسة القانون - دار الطباعة الحديثة - البصرة / ١٩٧٠ - ص ٩٤.

(٢) انظر مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٨٣.

المطلب الثالث

من الذي يحدد ما هو من النظام العام

على الرغم من التوسع الذي أصاب مفهوم النظام العام وقبوله بالإجماع فقها وقضاء وتشريعاً إلا أنه تعذر تحديده على سبيل الحصر، ويكاد يكون الاتفاق بشأن كيفية تحديده وتقرير ما يُعد وما لا يعد منه معدوماً.

فوفقاً لرأي (سافيني) يلعب النظام العام دوره في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما تتنازع تشريعات غير قائمة على أسس وأفكار متقاربة. وعلى ذلك يظهر تأثير فكرة النظام العام على أشدها بين قوانين الدول المختلفة في الحضارة، لأن التباين الكبير بين أسس قوانين الدول المتمدينة وغير المتمدينة حضارياً يؤدي إلى عدم اشتراك المفهوم القانوني. وعليه لا يمكن تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان يعود لبلد أقل حضارة من حضارة بلد القاضي^(١)، مما يجب عدم ترك مسألة تقدير ما هو من النظام العام وما هو ليس منه للقاضي، بل يجب تعداد وحصر ما يعد من النظام العام باعتبار أن تأثير النظام العام هنا ليس قاعدة عامة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص في تنازع القوانين، بل استثناء من قاعدة قبول تطبيق القانون الأجنبي المختص.

ومما يؤخذ على هذه النظرية هو أن النظام العام يفرض نفسه ويلعب دوره أيضاً في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما تتنازع قوانين الدول المتقاربة في الحضارة ويوجد الاشتراك في المفهوم القانوني بين تشريعاتها بالنسبة لنظام أو أنظمة معينة. ففرنسا وإيطاليا لا تختلفان حضارياً والأسس القانونية فيهما متقاربة ومع ذلك فإن نظام الطلاق وإن كان مقبولا في فرنسا، فإنه ولوقت قريب جداً كانت المحاكم الإيطالية تمتنع عن قبوله لمخالفته للنظام العام في إيطاليا، ولهذا كان يتم استبعاد تطبيق القانون الفرنسي في إيطاليا كلما أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد الإيطالية في مسألة الطلاق بسبب مخالفته للنظام العام في إيطاليا رغم تقاربهما في الحضارة.^(٢) كما استبعدت المحاكم الألمانية في كثير من الحالات القوانين الفرنسية والإيطالية عندما كان يتقرر تطبيقها في ألمانيا طبقاً لقواعد الإسناد الألمانية بسبب مخالفتها للنظام العام في ألمانيا رغم تقارب هذه الدول في الحضارة^(٣).

ولهذا يرى أنصار النظريات الحديثة وعلى رأسهم (Monemi) وجوب عدم تحديد وحصر المسائل التي تدخل ضمن النظام العام مقدماً، خاصة ما يتعلق منها بالقوانين العامة، والقوانين الخاصة بالملكية العقارية^(٤) وترك ذلك لقاضي الموضوع في الوقائع التي تعرض عليه. لأن تأثير النظام العام حسب رأيهم قاعدة عامة ثابتة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص وليس استثناء من قاعدة تطبيقه، ولصعوبة تحديد نطاق تطبيق النظام العام مقدماً بسبب قابليته للتغير في الزمان والمكان، خاصة أن المرونة التي يتصف بها

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٨٢.

(٢) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٩٢ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب السداوي - المرجع السابق - ص ١٧٩.

(٣) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٩٢.

مفهوم النظام العام تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تفسير القواعد القانونية وتحديد طبيعتها حتى تكاد أن تجعل منه هذه السلطة التقديرية مشرعاً.

فيجب ترك الأمر للقاضي في كل واقعة تعرض عليه لينظر ما إذا كان حكم القانون الأجنبي المختص فيها يتعارض مع النظام العام في دولته أم لا، وهو يحدد مفهوم النظام العام السائد في دولته في الوقت الذي يصدر حكمه، لأنه هو الوقت الذي يتم فيه تطبيق القانون الأجنبي. وعندما يصطدم ذلك القانون وقت تطبيقه مع المفاهيم القانونية السائدة في بلد القاضي، فإنه يتمتع عن العمل به، ولكن تمتع القاضي بهذه السلطة التقديرية في تحديد ما هو من النظام العام لا يعني أن في مقدوره أن يفرض في هذا المجال نظريته الشخصية للأمور، بل يجب عليه أن ينقيد في تقديره للنظام العام بالأفكار السائدة في مجتمعه والتي تتماشى مع مصالح الجماعة^(١)، وأن يبني تصوره في ذلك على تصور الجماعة بأسرها ويستقرئ الأوضاع العامة السائدة في المجتمع من جميع النواحي وينقيد بما تعارفت عليه الأكثرية الساحقة من الناس الأسوياء بهذا الشأن ويتجرد من محاولة إحلال الآراء الشخصية محل العدل ورأي المجتمع، وأن يهتدي بتروي وحكمة بالأفكار السائدة في مجتمعه وبيئته ويراعي الشعور العام لدى الجماعة بعيداً عن تفكيره الخاص ومثله الذاتية ومعتقداته وتصورات الشخصية.

فمهمة القاضي في هذا الصدد لا شك عسيرة عند تقديره وتحديد متطلبات النظام العام، ويخضع هذا التقدير والتحديد كآلية مسألة قانونية أخرى لرقابة محكمة التمييز. ولكنه بما أوتي من ثقافة قانونية وفطنة قضائية وحكمة ونفاذ بصيرة ومن ورائه محكمة التمييز، فإنه يستطيع التوصل إلى المبادئ السليمة في ذلك^(٢).

ويلحق بالنظام العام (الآداب العامة) ويقصد بها الأصول الأساسية للأخلاق السائدة في الجماعة في وقت من الأوقات. أي مجموعة قواعد السلوك التي يجد الناس في كل مجتمع من المجتمعات أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي خلقي يسود علاقاتهم الاجتماعية في الحياة ولا يسمح لهم بالخروج عليها عن طريق الاتفاق الخاص. وهذا الناموس الأدبي الخلقي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة والأعراف المستقرة في زمان ومكان معينين، وللذين أكبر الأثر في تكوينه عندما يرسم للإنسان معيار التمييز بين الخير والشر وبين الحسن والقبح.

وكل ما يخالف قواعد الآداب العامة يجرح الشعور العام ولا ينتج أي أثر قانوني. فاستتجار دار للدعارة أو للقمار تصرف باطل لا أثر له قانوناً، لأنه يخالف الآداب العامة^(٣).

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٨٥.

(٢) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٩٢ ومؤلفنا المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٨٥.

(٣) انظر عبد الباقي البكري وزهير البشير - المرجع السابق - ص ٢١٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك - أصول القانون - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ - ص ٢٤٨ والدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق - ص ٩٥ والدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو سنيث - أصول القانون - القاهرة / ١٩٤١ - ص ١٦٧ والدكتور حسن كيرة - محاضرات في -

وفكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام نسبية مرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان وتتأثر بالعوامل الأخلاقية والاجتماعية والدينية، مما يجعل من المتعذر تحديد وحصر ما يعتبر من الآداب العامة وما لا يعتبر منها. ففي فرنسا مثلاً لم يكن يسمح بإقامة دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي لمخالفة ذلك الآداب العامة، ثم تطور تصور المجتمع الفرنسي بهذا الشأن وأصبح بالإمكان إقامة دعوى إثبات نسب الولد غير الشرعي. والتعري وفتح النوادي الخاصة بالعراة مخالف للآداب العامة في الأردن، بينما هناك المنآت من النوادي الخاصة بالعراة في الولايات المتحدة الأمريكية لعدم اعتبار ذلك مخالفاً للآداب العامة فيها. ويترك تقدير مدى توافق العلاقات مع الآداب العامة أو تعارضها للقاضي. ويعتبر كل اتفاق يخالف الآداب العامة باطلاً لا ينتج أي أثر قانوني ويستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفاً للآداب العامة في دولته، وقد يحل قانونه الوطني محله^(١).

النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي:

ذهب بعض المؤلفين ومنهم (جارلس Charles Brocer) أستاذ القانون في كلية حقوق جنيف وكذلك بعض الأحكام القضائية إلى ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي في القواعد القانونية الداخلية والبحثة والنظام العام الدولي في القانون الدولي الخاص. وقالوا ان نطاق مفهوم الثاني أضيق من مفهوم الأول، لأن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الداخلي هي قواعد أمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها وان أي اتفاق على خلافها يعتبر باطلاً. بينما القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في القانون الدولي الخاص هي قواعد أمرة تمنع تطبيق القانون الأجنبي وتحل قانون القاضي محله. فههدف النظام العام في القوانين الداخلية البحثة هو منع خروج الأفراد على قواعدهم الأمرة أو الناهية أو تعطيلها باتفاقاتهم الخاصة واعتبار أي اتفاق يخالفها باطلاً^(٢). بينما هدف النظام العام في القانون الدولي الخاص هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الوطنية واستبدال قانون القاضي به^(٣). فإرادة الأفراد تنتهي أمام القواعد الأمرة أو الناهية في جميع القوانين الداخلية البحثة، بحيث لا يجوز لهم الاتفاق على خلافها، بينما في القانون الدولي الخاص لا تنتهي إرادة الأفراد أمامها وإنما يمتنع تطبيق القانون الأجنبي المختص في دولة القاضي بهدف حماية الأمن الاجتماعي فيها. فهما يتشابهان ويشتركان في أن هدفهما واحد وهو حماية

← المدخل للقانون - القاهرة / ١٩٥٤ - ص ٦٧ ومؤلفنا المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٨٦.

(١) انظر مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٨٦.

(٢) انظر. Prof. Dr. Muammer Rasit Sevig, Devletler Hususi Hukuku. 2B. C1, Sf. 304. Ve Prof. Dr. Osman Berki, Devletler Hususi Hukukunda amme Intizami (iz. Bar. Mec. 1945. Sy. 31-36. sf. 9).

(٣) انظر. Prof. Dr. Osman Berki, Devletler Hususi Hukukunda Amme Intizami (Izmir Barosu Dergisi. 2 Kanun- 1942: Say 127. sf. 462-470 Ve Timur Hifzi (Devletler Hususi Hukukunda Amme intizami. ist. Huk. Fak. Mec. 1941- No. 45. sf. 866 - 905.

المجتمع ومصالحه الأساسية وأن الدفع بكل واحد منهما أمام المحكمة يكون عن طريق التمسك بفكرة النظام العام، ولكنهما يختلفان في أن الدفع بالنظام العام الداخلي يكون في علاقة قانونية داخلية محضة في جميع عناصرها، بينما الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص يكون في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي^(١).

وهكذا يترتب على التمسك بفكرة النظام العام في القانون الداخلي البحث بطلان التصرف القانوني المتعارض معها. في حين أن التمسك بفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص لا يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني المتعارض معها، وإنما إلى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، وهذا ما تنص عليه المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني بقولها: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

المطلب الرابع

أثر النظام العام في القانون الدولي الخاص

يختلف أثر النظام العام في القانون الدولي الخاص باختلاف النظرة إليه كقاعدة عامة في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص، أو كاستثناء من قاعدة تطبيق القانون الأجنبي المختص. فإذا اعتبرنا دور النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص قاعدة عامة ينتج عندئذ أثره السلبي المنفرد فقط.

أما إذا اعتبرنا دور النظام العام استثناء من قاعدة تطبيق القانون الأجنبي المختص، فينتج عندئذ أثره السلبي المنفرد أولاً ثم يعقبه أثره الإيجابي، وكالاتي:

أولاً- ظهور الأثر السلبي المنفرد للنظام العام:

يظهر الأثر السلبي المنفرد للنظام العام عندما تكون العلاقة موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مقبولة في القانون الأجنبي المختص وغير مقبولة في قانون القاضي، كما لو أراد أردني متزوج ومقيم في تركيا أن يتزوج مرة ثانية هناك وعرض هذا الموضوع على محكمة تركية. فقانونه الوطني، وهو القانون الأردني يجيز له ذلك، لأنه يبيح تعدد الزوجات. ولكن بما أن هذا الأردني مقيم في تركيا، وأن قانون القاضي وهو القانون التركي يمنع تعدد الزوجات، فلا يستطيع أن يتزوج من امرأة ثانية في تركيا، لأن هذا المنع يعتبر من النظام العام في تركيا، ويقرر القاضي التركي رفض تطبيق القانون الأردني رغم كونه القانون الواجب تطبيقه في النزاع، ولكن دون إحلال القانون التركي محله.

وفي القانون المكسيكي لا يوجد مانع من الاعتراف بالولد من الزنى، بينما لا يعترف القانون السعودي بإنشاء هذا الحق لأنه مخالف للنظام العام في السعودية. فهنا يعترف القانون المكسيكي بحق معين ولكن نشوء هذا الحق في القانون السعودي ممنوع، لأنه مخالف للنظام العام في السعودية. فإذا تقرر تطبيق القانون المكسيكي في مثل هذا النزاع في السعودية، يكتفي القاضي السعودي برفض تطبيق القانون المكسيكي دون إحلال القانون السعودي محله. فهنا يظهر الأثر السلبي للنظام العام بصورة منفردة وهو منع

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٨٦ و

تطبيق القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام السعودي دون أن يستتبعه إحلال قانون القاضي (السعودي) محله. لأن مهمة النظام العام هنا تنحصر كقاعدة عامة في منع تطبيق حكم قانون أجنبي مخالف للنظام العام في السعودية فقط، لعدم وجود ما يمكن إحلاله محله في قانون القاضي.

ثانياً - ظهور الأثر السلبي أولاً ثم الأثر الإيجابي للنظام العام:

وقد يظهر الأثر السلبي للنظام العام أولاً ثم يستتبعه الأثر الإيجابي، حيث لا يظهر الأثر الإيجابي مستقلاً وبمفرده، وإنما يستتبع الأثر السلبي. ويظهر ذلك عندما يعطل مفهوم النظام العام أحكام القانون الأجنبي المختص التي تتعارض معه ويحل محلها أحكام القانون الوطني لدولة القاضي^(١). لأن القانون الأجنبي المختص يرفض حقاً يجيزه قانون القاضي.

فمثلاً إذا كان قانون دولة (أ) هو القانون الأجنبي المختص ويمنع الزواج بين الرجل الأبيض والمرأة السوداء بسبب اختلاف اللون، وتزوجت امرأة سوداء من رجل أبيض من جنسية دولة (أ) التي قانونها يمنع مثل هذا الزواج وتم الطعن بهذا الزواج أمام محكمة أردنية، فإن القاضي الأردني يعتبر هذا المنع مخالفاً للنظام العام في الأردن ويجيز هذا الزواج رغم أنه ممنوع في القانون الوطني للزوجين بسبب اختلاف لونهما. فالقاضي الأردني المرفوع إليه هذا النزاع يعطي الاختصاص في النزاع لقانون دولة (أ) أولاً وفقاً لقاعدة الإسناد في المادة (١/١٣) من القانون المدني التي تسند حكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي في الشروط الموضوعية للزواج لقانون الزوجين ثم يعود فيستبعد تطبيق قانون دولة (أ) الواجب تطبيقه بحسب المادة (٢٩) ويحل محله القانون الأردني، لعدم اعتراف المشرع الأردني بالتمييز العنصري القائم على اختلاف اللون وبحقوق الإنسان وكرامته، مما يعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام في الأردن.

وهكذا فإن مفهوم النظام العام أنتج أثره السلبي أولاً في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص ثم استتبعه الأثر الإيجابي بإحلال القانون الأردني محله.

أثر مفهوم النظام العام في القانون الأردني:

تنص المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني على أن: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

فإذا تبين أن القانون الأجنبي المختص الذي تقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الأردنية مخالف للنظام العام أو الآداب في الأردن، فإن القاضي الأردني المرفوع إليه النزاع يستبعد تطبيقه وفقاً للمادة (٢٩)، ويستبدل به حكم القانون الأردني في النزاع الدولي دون التنازع الداخلي بطبيعة الحال^(٢).

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 84-85 والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ٩٣ - ٩٤ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٨٩.

(٢) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني / ج ١ - ص ٥٤. والتي جاء فيها ما يلي: (تنص المادة ٢٩ على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية، وهذا الحكم انعقد عليه الإجماع وهذا المشرع في تقنيته حذو كثير من التشريعات الأجنبية. وينبغي التنويه بأن إعمال فكرة النظام العام والآداب لترتيب الأثر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، يختلف عن إعمال هذه الفكرة في نطاق روابط الالتزامات التي لا يدخل في تكوينها عنصر أجنبي).

ورغم ان المشرع الأردني لم يشر في المادة (٢٩) المذكورة إلى إحلال القانون الأردني محل القانون الأجنبي المختص المستبعد تطبيقه بسبب مخالفته للنظام العام في النزاع الدولي المرفوع إلى القاضي الأردني خلافاً لما سار عليه المشرع في بعض الدول الأخرى، إلا أن إحلال القانون الأردني محل القانون الأجنبي المختص الذي يستبعد تطبيقه بسبب مخالفته للنظام العام في الأردن يحصل، لأن قانون القاضي يعتبر كما سبق أن ذكرنا صاحب الاختصاص الاحتياطي والقانون الأنسب لحل النزاع في هذه الحالة.

والقاضي الأردني هو الذي يحدد ما إذا كان موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه مخالفاً للنظام العام أو الآداب في الأردن أم لا، ووفقاً للقانون الأردني. لأن العنصر الأجنبي الموجود في النزاع ينبغي أن لا يؤدي إلى إحداث خلل في النظام العام بالدولة وأن مفهوم النظام العام أصلاً وسيلة فاعلة يعتمد عليها القاضي الوطني للتصدي لحكم كل قانون أجنبي يخالف النظام العام أو الآداب في دولته حماية للأمن الاجتماعي في المجتمع.

وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ تأثير مفهوم النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص قد انتقد باعتباره وسيلة سهلة في يد القاضي الوطني لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص في النزاع المعروض عليه وإحلال قانونه الوطني محله دائماً، مما يؤدي إلى توسيع سلطة القاضي وتقريبها من سلطة المشرع، بحيث يمنع تطور وازدهار مبادئ تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، خاصة أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال. ولهذا اقترح البعض اقتصار منع تطبيق القانون الأجنبي المختص على أحكامه التي تتعارض والنظام العام الداخلي فقط في بلد القاضي. أي الاستبعاد الجزئي لا الكلي، بحيث لو كان قانون دولة المورث الأجنبي يعتبر اختلاف اللون مانعاً من موانع الميراث مثلاً، وكان هذا الحكم لا يمكن تطبيقه في دولة القاضي لتعارضه مع النظام العام فيها، فعلى القاضي أن لا يطبق هنا هذا الحكم لمخالفته للنظام العام في بلده، وأن يطبق بدلاً منه ما يخالفه من حكم موضوعي في قانونه الوطني الذي يجيز التوارث بين الملونين، ولكن بقدر ما هو مقدر للوارث من نصيب في قانونه الوطني المختص الذي استبعد تطبيق حكمه المتعلق بموانع الإرث، لا بقدر الأنصبة المقررة للورثة في قانون القاضي، على أساس ان النظام العام هنا يجب أن لا يعطل أحكام القانون الأجنبي المختص كلياً، وإنما جزئياً في أحكامه التي تتعارض وإياه فقط من حيث الجواز أو عدم الجواز ويحل محلها الأحكام التي تقابلها من قانون القاضي ومن ثم يقرر مقدار الحق بمقتضى القانون الأجنبي المختص نفسه^(١).

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ١٨٩.

المبحث الثاني التحايل على القانون (الغش نحو القانون)

الغش نحو القانون ليس كالنظام العام مانعاً مباشراً من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وإنما هو مانع للاعتراف بالنتيجة القانونية المتحصلة من تطبيق قانون أجنبي آخر نقل إليه الاختصاص بالغش والتحايل في النزاع من القانون المختص الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيقه فعلاً، وذلك لمنع الأشخاص من استغلال قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص بهدف تأمين تطبيق قانون أكثر نفعا لمصالحهم الشخصية من القانون الواجب تطبيقه عن طريق تغيير ظروف الإسناد.

فالغش نحو القانون محتمل الوقوع، لما لإرادة الأشخاص من دور مهم وحرية في خلق أسباب تغيير ظروف الإسناد بصورة مباشرة أو غير مباشرة بنية تغيير القانون الواجب تطبيقه وإخراج علاقتهم من اختصاص قانون دولة وإخضاعها لأحكام قانون دولة أخرى بممارسة مبدأ سلطان الإرادة واللجوء إلى وسائل الغش، كتغيير الجنسية أو الموطن أو الدين أو المذهب أو محل إبرام العقد أو محل وجود المال المنقول، وما يتبع ذلك من تغيير في الاختصاص القانوني. إذ قد يلجأ الفرد إلى تغيير ظرف الإسناد لنقل الاختصاص من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى بنية تأمين القانون الأنفع الذي يحقق مصلحته الشخصية ويجنبه تطبيق القواعد الأمرة في قانون آخر يجب أن يحكم علاقته ولكن لا يحقق مصلحته الشخصية، كما لو كان قانون دولته لا يبيح له طلاق زوجته، فيلجأ إلى تغيير جنسيته واكتساب جنسية دولة أخرى يبيح قانونها طلاق الزوجة.

أو كما لو كان قانون دولة معينة يستلزم شكلية صعبة لإبرام عقد الزواج، فينتقل الخاطبان إلى دولة أخرى للإقامة فيها بهدف التخلص من هذه الشكلية وتأمين تطبيق قانونها الذي لا يستلزم هذه الشكلية في الزواج. أو كما لو غير الشخص محل وجود المال تخلصاً من أحكام قانون مكانه وتأمين تطبيق قانون دولة أخرى يحقق له ما يريد.

فصاحب المصلحة يسعى لتغيير ظروف الإسناد عندما يجد أن القانون الذي يجب أن يحكم علاقته مرهق له، لأنه يتطلب إجراءات شديدة أو فترة طويلة أو جهود كبيرة أو نفقات أو ضرائب أو رسوم باهظة أو يمنعه من إجراء تصرف معين يريد إنجازاه وليس في مقدوره مخالفة هذا القانون لكون نصوصه أمرة أو ناهية^(١)، ولنوضح ذلك ببعض الأمثلة.

١- إذا كان الطلاق ممنوعاً في قانون دولة معينة لاعتبارات دينية وجاء زوج وزوجة من جنسية تلك الدولة إلى الأردن واكتسبا الجنسية الأردنية خصيصاً لإيقاع الطلاق الذي يجيزه القانون الأردني وأقاما دعوى الطلاق لدى محكمة أردنية بصفتهم من الجنسية الأردنية وحصلوا على قرار الطلاق ثم عادا إلى جنسية دولتهما الأصلية. فإن تغيير

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ١٠٠ والدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٥٦ والدكتور جابر إبراهيم الراوي - المرجع السابق - ص ٥٣.

الجنسية في هذا المثال قصد منه الإفلات من أحكام قانون دولتهما الأصلية التي كانت لا تجيز لهما الطلاق، وتأمين تطبيق القانون الأردني الذي يبيح الطلاق. فهل يكون لحكم الطلاق هذا قيمة قانونية في دولتهما الأصلية بعد عودتهما إلى جنسيتهما أم لا؟^(١)

٢- إذا سافر المتعاقدان إلى بلد غير البلد الذي يقيم فيه لتحرير عقد بينهما بالشكل الذي يقرره قانون ذلك البلد لأنه يتطلب شكلية بسيطة بالقياس إلى إجراءات قانون موطنهما المشترك. فهل تعتبر النتيجة التي يحصلان عليها مقبولة أم لا؟^(٢)

لقد اختلف الفقهاء بشأن هذا الموضوع واتجهوا عدة اتجاهات كالآتي:

أ- رفض بعض الفقهاء فكرة الغش نحو القانون وطالبوا بإغفالها في تنازع القوانين وتطبيق القانون المختص الذي يصبح واجب التطبيق في النزاع نتيجة تغيير ضوابط الإسناد دون النظر إلى الباعث الذي حمل صاحب المصلحة على التغيير، باعتبار أن من يغير جنسيته أو موطنه أو غير ذلك من ضوابط الإسناد إنما يستعمل حقاً أو رخصة قانونية ولا يلحق الضرر بأحد، ولا يوجد قانون يمنع تغيير الموطن أو الجنسية، بل إن تغيير الموطن والجنسية هما من حقوق الأفراد في القانون وليس جريمة يعاقب عليها القانون حتى ولو كان ذلك بقصد نقل الاختصاص في النزاع من قانون إلى آخر. فمن يستعمل حقه لا يعتبر مخالفاً للقانون، والفرد إذا أراد الاستفادة من حكم قانون معين ليس للقاضي أن يبحث عن الوسيلة التي سلكها لتحقيق تلك الاستفادة، لأنه صاحب حق في ذلك، وإنما للقاضي فقط أن يفحص عن مدى أهلية صاحب هذا الحق للتصرف فيه أو اكتسابه، بالإضافة إلى أن إثبات تغيير ظروف الإسناد بقصد الغش نحو القانون صعب، وأن ثبوت الغش نحو القانون بقصد نقل الاختصاص من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى عن طريق تغيير الجنسية مثلاً، لا يؤثر أصلاً في صحة الجنسية الجديدة المكتسبة^(٣).

ب- وذهب البعض الآخر من الفقهاء وعلى رأسهم (ارمنجون) إلى أن تأثير مفهوم الغش نحو القانون يجب أن لا يكون مطلقاً، بل نسبياً وفي مجال محدود متعلق بشكل العقود^(٤).

ج- وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى ضرورة التمسك بفكرة الغش نحو القانون بشكل مطلق وعدم الاعتراف بالتنازع التي تتحقق من جرائها إذا ما توافرت شروطها، خاصة إذا علمنا أن القانون الإداري أيضاً يرفض فكرة سوء استعمال السلطة والقانون المدني والشريعة الإسلامية يرفضان التعسف في استعمال الحق، وأساس نظرية الغش نحو القانون هو سوء استعمال الحق. لأنه إذا كان للأفراد حق تغيير الجنسية أو الموطن، فيجب عليهم أن يستعملوا هذا الحق بحسن نية لتحقيق أهداف مشروعة وشريفة لا بسوء نية لتحقيق منافع شخصية على حساب الحق والعدالة بنقل الاختصاص من القانون الذي كان يجب تطبيقه على علاقاتهم لولا هذا التغيير والغش، خاصة القواعد الأمرة أو الناهية منه التي شرعت لحماية المصلحة العامة

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ١٠٦ والدكتور جابر إبراهيم الراوي - المرجع السابق - ص ٥٤ و Prof. Dr. Osman Berki. sf. 89

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 89

والتي يجب احترامها والخضوع لها من قبل الجميع دون تمييز حتى تحقق الغاية التي من أجلها وضعت، وإلا فإن القواعد الأمرة أو الناهية تطبق فقط على قسم من الناس وهم الفقراء لعدم تمكنهم من السفر إلى الخارج بهدف تغيير ظروف الإسناد والتخلص من هذه القواعد الأمرة أو الناهية في قوانينهم الوطنية، بينما يكون الأغنياء بمنجاة من الخضوع لها وبإمكانهم التحرر منها بسهولة سفرهم إلى الخارج في أي وقت بهدف تغيير ظروف الإسناد وإخضاع علاقتهم لقوانين تحقق لهم منافعهم ومصالحهم الشخصية.

فلكل ما تقدم إذا حور الفرد حقه في تغيير جنسيته أو محل إقامته عن الغايات المشروعة، لا بد من توقيع الجزاء على هذا التحوير، وهذا الجزاء هو عدم اعتبار ما توصل إليه صاحب المصلحة من نتائج والاستمرار في تطبيق القانون القديم. لأن الغش يفسد كل شيء ويؤدي إلى الإفلات من القواعد الأمرة أو الناهية في قانون يجب أن يحكم العلاقة، ويفسح المجال للتلاعب بمبادئ تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، وسوء استعمال الحق، رغم أن قبول هذا المبدأ يلزم القاضي بالبحث عن سوء النية في كل نزاع يعرض عليه وإثبات نية الغش لدى صاحب المصلحة وهذه مهمة صعبة. لأن استخلاص النية مسألة وجدانية وأن إعطاء سلطة تقديرية واسعة للقاضي في ذلك^(١) قد يؤدي إلى سوء استعمال هذه السلطة أو الوقوع في الخطأ عند استخلاص هذه النية.

وفكرة الغش نحو القانون قديمة، إذ طبقها القضاء في أوروبا منذ مدة طويلة ونصت عليها تشريعات عديدة، كالقانون السويسري، وتبناها فقهاء القانون الدولي الخاص ومؤتمرات دولية حتى شاعت واعتبرت من مبادئ القانون الدولي الخاص. فقد طبقه القضاء الفرنسي في قضية الأميرة البلجيكية (فالنتينا دي كارمان) التي تزوجت من الأمير الفرنسي (دي بوفرمون) واكتسبت الجنسية الفرنسية عام ١٨٧٤م بهذا الزواج ثم دب الخلاف بينهما، فأنفصلا جسمانياً وأرادت (فالنتينا) التطبيق من زوجها، لكن قانون جنسيتها كان يمنع التطبيق في ذلك الوقت، فذهبت عام ١٨٧٥م إلى مقاطعة (التيبورغ) الألمانية وتجنست بجنسيتها ليتيسر لها حل عقد الزواج بالتطبيق وفقاً لقانون هذه المقاطعة الذي كان يبيح التطبيق، وأقامت دعوى التطبيق على زوجها الفرنسي وحصلت على حكم بذلك من المحكمة وتزوجت في برلين من الأمير الروماني (بييسكو)، فرفع زوجها السابق الأمير الفرنسي دعوى عليها أمام محكمة فرنسية طالبا فيها إبطال التطبيق وزواجها الثاني من الأمير الروماني بسبب الغش نحو القانون، فحكمت المحكمة الفرنسية له بذلك. ومما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية في القضية: (أن الغرض الوحيد من الأعمال التي قامت بها هذه الزوجة هو التخلص من حكم القانون الفرنسي والوصول إلى عقد زواج جديد مما يشكل غشاً نحو القانون)^(٢).

وعرضت عام ١٩٢٥م قضية نفقة على محكمة سورية قضت فيها بأنه لا يحق لأحد المسيحيين أن يرفض دفع نفقة لمطلقته المسيحية بعد أن أسلم، لأن اعتناقه الدين

(١) انظر الدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ١٠٥-١٠٧ والدكتور جابر إبراهيم الراوي - المرجع

السابق - ص ٥٤. و Prof. Dr. Osman Berkî, sf. 89

(٢) انظر Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, sf. 145.

الإسلامي كان تحايلاً على القانون بقصد التخلص من دفع النفقة لمطلقته على اعتبار أن الشرع الإسلامي لا يقر النفقة للمطلقة^(١).

كما سار القضاء العراقي على هذا النهج عندما قررت محكمة التمييز العراقية في قرار لها صدر برقم (١٩٥١/٧)م هيئة عامة وتاريخ ١٢/٣١/١٩٥١م رد دعوى التمييز المتضمنة طلب الحكم للمميز بإبطال نفقة مطلقته المسيحية بعد اعتناقه الدين الإسلامي، على أساس أن اعتناقه الدين الإسلامي لا يخلو من احتمال قصد التهرب من النفقة.

بينما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن اعتناق الإسلام ينتج أثره كاملاً ولا يمكن أن يحتج عليه بفكرة التحايل على القانون ولا يقبل الشك في نية من أشهر إسلامه^(٢)، لأن الإسلام جاء رحمة للناس كافة، فلا يجوز حرمان الشخص من تطبيق الشريعة الإسلامية عليه في حالة اعتناقه الإسلام بغض النظر عن الدافع وراء هذا الاعتناق. لأن هذه مسألة تتعلق بالعقيدة والضمير والسرائر، وإن الحد الفاصل بين المسلم وغيره هو الشهادة، فإذا نطقها غير المسلم بقصد الدخول في الإسلام كان مسلماً وكانت شريعته شريعة المسلمين، وعليه يكون طلاقه صحيحاً إن أوقعه مهما كان الباعث الذي دفعه إلى اعتناق الإسلام، حيث جاء في الحديث الشريف: (فإذا قالوها عصموا دماءهم وأموالهم بحقها)^(٣).

المطلب الأول

فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون

هل هناك علاقة بين فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون؟. للإجابة على هذا السؤال حاول بعض الفقهاء وعلى رأسهم (بارتان) جعل الغش نحو القانون من أسس مخالفة النظام العام بحيث اعتبر الحيلة التي يتم بها الغش نحو القانون لنقل الاختصاص من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه إلى قانون آخر مخالف للنظام العام، وهذا غير صحيح لأن النظام العام ينهض دوره في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما يتعارض معه ويمس المصالح الأساسية والجوهرية في دولة القاضي، بينما في الغش نحو القانون لا يعترف بالأثر الذي يتوصل إليه بمقتضى القانون الأجنبي المختص الذي تم تأمين تطبيقه بنقل الاختصاص إليه بالغش لا لأن الأثر مخالف للنظام العام في دولة القاضي، وإنما لأن الحصول عليه قد تم بصورة غير طبيعية وبسوء نية صاحب المصلحة، بحيث لو تم الحصول عليه بصورة سليمة دون اللجوء إلى الحيلة والغش لتم الاعتراف به في دولة القاضي.

فالدفع بفكرة النظام العام يؤدي إلى منع تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي تقرر تطبيقه وثبت له الاختصاص في النزاع وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية، بسبب مخالفة أحكامه للنظام العام في دولة القاضي، بينما الدفع بفكرة الغش نحو القانون يؤدي إلى عدم الاعتراف بالنتيجة التي تم التوصل إليها وفقاً لأحكام القانون الأجنبي الذي نقل إليه

(١) انظر الدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٥٦.

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٠٠.

(٣) انظر حامد مصطفى - مبادئ القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الطبعة الثانية - بغداد / ١٩٧٠ - ص ٣٠٨ - ٣١٢ والدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٢٨.

الاختصاص بالغش لا لأنه مخالف للنظام العام في دولة القاضي من حيث المضمون، وإنما لأن الاختصاص قد ثبت له بطريقة غير طبيعية بسبب الغش وسوء نية صاحب المصلحة الذي سعى إلى تغيير ظروف الإسناد من أجل تأمين تطبيقه.

فعنصر الغش نحو القانون لا يتوافر في فكرة النظام العام. ثم ان فكرة النظام العام عندما تمنع تطبيق القانون الأجنبي المختص قد تؤدي إلى إحلال قانون القاضي محله في حل النزاع المعروض، بينما في الغش نحو القانون إذا تم تغيير ظروف الإسناد وتغيير القانون الواجب تطبيقه تبعاً لذلك، فإن قانون القاضي لا يحل محل القانون المنقول منه الاختصاص أو القانون المنقول إليه الاختصاص بالغش، وإنما تعتبر النتيجة الحاصلة بالغش كأن لم تكن وغير نافذة لعدم الاعتراف بها، ويبقى الاختصاص في النزاع للقانون المختص الذي نقل منه هذا الاختصاص بالغش وكان يجب تطبيقه على النزاع قبل تغيير ظروف الإسناد، وهذا ما حصل في قضية الأميرة البلجيكية (فالنتينا دي كارامان) أمام القضاء الفرنسي كما ذكرنا ذلك سابقاً^(١).

المطلب الثاني

شروط التمسك بالغش نحو القانون

يشترط للتمسك بالغش نحو القانون ما يلي:

- ١- وجود نية الغش: فيجب أن تتوافر نية الغش نحو القانون لدى صاحب المصلحة من أجل إخراج علاقته القانونية من حكم القانون المختص بتغيير ظروف الإسناد، مثل تغيير الجنسية أو الموطن أو محل إبرام العقد أو محل وجود المال وإخضاعها لحكم قانون آخر أكثر نفعاً له. كأن يقوم شخص يمنع قانونه الوطني من طلاق زوجته، بتغيير جنسيته واكتساب جنسية دولة أخرى يبيح له قانونها طلاق زوجته. فإذا انتفت نية الغش في نقل الاختصاص من قانون إلى آخر لدى صاحب المصلحة لا يوجد مجال للأخذ بفكرة الغش نحو القانون، كما لو كان القانون الألماني لا يبيح الطلاق والقانون الأردني يبيحه وحصل خلاف بين زوج وزوجة من الجنسية الألمانية بعد اكتسابهما الجنسية الأردنية، فقام بطلاقها وفقاً لأحكام القانون الأردني. وذلك لأن تغيير ظروف الإسناد لا يقتصر في جميع الأحوال بسوء نية وقصد إخراج العلاقات القانونية من اختصاص قانون دولة معينة وإخضاعها لقانون دولة أخرى. وعليه يجب أن تتوجه إرادة صاحب المصلحة نحو قصد التحايل على اختصاص القانون الواجب تطبيقه كهدف مباشر لتغيير ظروف الإسناد بقصد نقل هذا الاختصاص منه إلى قانون آخر أنفع له. علماً ان التثبت من عنصر الغش نحو القانون في تغيير ظروف الإسناد مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع^(٢).

(١) انظر الدكتور محمد كمال فهمي - المرجع السابق - ص ١٢؛ والدكتور آدمون نعيم - المرجع السابق - ص ٥٦ والدكتور مرتضى نصر الله - المرجع السابق - ص ١٠٥ و Prof. Dr. Osman Berkí, sf. 91.

(٢) انظر الدكتور جابر إبراهيم الراوي - المرجع السابق - ص ٥٣ والدكتور هشام علي صادق - تنازع القوانين - منشأة المعارف - القاهرة / ١٩٤٧ - ص ٣٢٦ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع

السابق - ص ٢٠٢ و Prof. Dr. Osman Berkí, sf. 97.

٢- أن تكون وسيلة الغش فاعلة ومؤثرة في نقل الاختصاص من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى، بأن يكون تغيير ظرف الإسناد حقيقياً لا صورياً. فإذا حصل صاحب المصلحة على موطن صوري لا يؤدي ذلك إلى فقدان موطنه الأصلي ويبقى الاختصاص في علاقاته القانونية لقانون هذا الموطن لا لقانون الموطن الصوري. لأنه إذا لم تكن وسيلة الغش فاعلة لا يمكن التمسك بفكرة الغش نحو القانون.

٣- أن تكون القاعدة القانونية المتحايل على اختصاصها من النصوص الأمرة أو النهائية، وذلك لأن القواعد الأمرة أو النهائية لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها أو استبعاد تطبيقها أو نقل الاختصاص منها، فتكثر محاولات الغش والتحايل نحوها بهدف نقل الاختصاص منها إلى قانون آخر أنفع لصاحب المصلحة والتخلص من أحكامها، عكس القواعد القانونية المكملّة أو المفسرة التي يتمتع الأفراد ابتداء بحرية الاتفاق على خلافها واستبعاد تطبيقها ونقل الاختصاص منها إلى قانون آخر بدون اللجوء إلى الغش. وعند استقراء التشريعات الأجنبية نجد أن بعضها لا يلتفت إلى فكرة الغش نحو القانون ويعترف بالنتيجة القانونية التي تحصل بها، كالقانون المدني الأرجنتيني. وبعضها الآخر يلتزم بها، فلا يضيف أية قيمة قانونية على النتيجة التي تحصل بها، كالقانون الياباني والسويسري والنشيلي. وقوانين دول أخرى سكّنت عنها، كالقانون الأردني والعراقي والتركي. ولكن في الأردن رغم خلو القانون المدني من نص صريح بخصوص قبول أو رفض فكرة الغش نحو القانون، فإن المادة (٢٥) منه تنص على أن: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين).

وهذا يعني أن المشرع الأردني قد عالج في المادة (٢٥) المذكورة حالة عدم وجود نص في شأن مسألة من مسائل تنازع القوانين بالإحالة في ذلك إلى مبادئ القانون الدولي الخاص. لذا فإن القاضي الأردني ملزم بتطبيق فكرة الغش نحو القانون باعتبار أن هذا المبدأ أصبح من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة التي أشارت إليها المادة (٢٥) المذكورة ومن مصادر قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الأردني^(١). هذا بالإضافة إلى المادة (١/٧-د) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ التي تنص على أن: (يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي إذا كان الحكم قد حصل عليه بطريق الاحتيايل).

(١) انظر المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، / ج ١- ص ٥٢.

الفصل الخامس

إثبات القانون الأجنبي وتفسيره

عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، قد يثير ذلك عدة أمور على جانب كبير من الأهمية، منها إثبات هذا القانون الأجنبي وتفسيره عند الحاجة. لأن قاضي الموضوع يجهل أحكام القانون الأجنبي المختص ويتعين عليه القيام بالتثبت منه ومعرفة نصوصه وتفسيره عند الحاجة ومن ثم تطبيقه، مما يقتضي بحث هذه الأمور بشيء من الإفاضة في المبحثين التاليين وكالاتي:

المبحث الأول

إثبات القانون الأجنبي

إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، لا بد من القيام بإثبات هذا القانون ومن ثم حسم النزاع به ما لم يوجد مانع من موانع تطبيقه. فعلى من يقع عبء القيام بهذا الإثبات؟ وإذا كان قاضي الموضوع هو الملزم بهذا الإثبات، فهل يقوم به من تلقاء نفسه أم بناء على طلب أحد الخصوم في النزاع؟.

للرد على هذه التساؤلات يختلف الجواب فيما إذا اعتبرنا القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة أو بمنزلة القانون الوطني وجزءاً منه كالاتي:-
أولاً- اعتبار القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة:

إذا جرد القانون الأجنبي المختص من وصف القانون الملزم واعتبر مجرد واقعة، فإن قاضي الموضوع لا يلزم بالتحري والبحث عنه وإثباته من تلقاء نفسه، بل يقوم بذلك بناء على طلب أحد الخصوم، ويقع عندئذ عبء إثباته وإقامة الدليل على وجوده على عاتق هذا الخصم الذي تمسك به. ويسود هذا الاتجاه في قوانين العديد من الدول، مثل لبنان وإنكلترا وأمريكا وفرنسا وتركيا. وذلك لاعتبارات عملية وصعوبات تواجهها المحكمة الوطنية عند قيامها بهذا الإثبات.

فالقاضي ملزم فقط بالتحري عن قواعد قانونه الوطني وإثباتها وتفسيرها عند عرض نزاع معين عليه، ولكن لا يلزم بمعرفة وتفسير أحكام قوانين دول أجنبية. وعليه فإن عبء إثبات القانون الأجنبي المختص وإقامة الدليل على وجوده يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك به^(١).

فمثلاً تنص المادة (٧٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي على أن: (يطبق القاضي القانون التركي مباشرة من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من منازعات، وإذا تقرر تطبيق قانون أجنبي في نزاع معروض عليه، فإن عبء إثبات ذلك القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به، وإذا عجز من تمسك به عن إثباته وإقامة الدليل على وجوده، فيجب تطبيق القانون التركي)^(٢).

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٣٤.

(٢) انظر Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. Sf. 187.

وتنص المادة (١٣٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن: (لا تطلب البيئة على وجود القانون اللبناني، ولكن يجب إقامة البيئة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي).

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها صدر عام ١٩٥٥م بأن: (التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة ليس إلا مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها)^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى اعتبار التحري عن وجود القانون الأجنبي المختص وتفسيره مسألة متعلقة بالوقائع لا بتطبيق القانون ومن ثم يكون النظر فيها نهائياً من اختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع لرقابة (محكمة النقض أو محكمة التمييز) في الدولة^(٢).

ثانياً- اعتبار القانون الأجنبي المختص بمنزلة القانون الوطني:

ويذهب هذا الرأي إلى أنه عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي معين في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، على القاضي الوطني أن يرجع إلى أحكام هذا القانون ويقوم بإثباته وتفسيره وتطبيقه من تلقاء نفسه دون طلب من أحد، سواء أكان هذا القانون المختص مصدره التشريع أم العرف أم السابقة القضائية أم مبادئ العدالة، وسواء أكان قانون دولة بسيطة أم قانون ولاية من ولايات دولة مركبة، وليس للقاضي أن يمتنع عن تطبيقه بزعم عدم إمكان الاهتداء إلى أحكامه وإلا عد ممتنعاً عن تحقيق العدالة.

فالبحث عن القانون الأجنبي المختص والتثبت من وجوده وتفسيره وتطبيقه مهمة تقع على عاتق القاضي لا على عاتق المتقاضين، مثلاً يلتزم بالبحث عن قواعد قانونه الوطني والتثبت من وجودها تماماً. وهذا الرأي هو الراجح والمأخوذ به في الأردن، لأنه لا يعتبر القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة بعد ما يتقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الأردنية ولا منحة ولا فضلاً من المحكمة، بل تنفيذاً لرغبة المشرع الوطني الواردة في قواعد الإسناد الوطنية الخاصة بتنازع القوانين. فلا يفقد القانون الأجنبي المختص صفته كقانون ملزم، بل يعتبر بمنزلة القانون الوطني وجزءاً منه، أو كما قيل، متجنساً بجنسيته ومتمتعاً بصفاته طالما تقرر تطبيقه بأمر من قواعد إسناد وطنية. فلا بد إذن من أن تكون له صفة الإلزام والتدخل في النظام القانوني الوطني كجزء منه وكأنه صادر من المشرع الوطني^(٣). ولهذا يجب على القاضي الوطني أن يبحث عنه ويتثبت من وجوده من تلقاء نفسه دون أي طلب من أحد تنفيذاً لإرادة مشرعه الوطني، شأنه في ذلك شأن تحريره عن قواعد قانونه الوطني دون طلب من أحد أطراف النزاع^(٤). ولكن هذا لا يمنع من لزوم قيام التعاون بين القاضي والخصوم في النزاع المعروض للتوصل إلى إثبات القانون الأجنبي

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ- المرجع السابق- ص ٣٣٥.

(٢) انظر مؤلفنا- المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني- المرجع السابق- ص ٦٧.

(٣) جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية برقم حقوق ٨٣/٥٣٩ في ١٠/١١/١٩٨٣ ما يؤيد هذا الرأي كالتالي: (إن الرأي الراجح الذي اتعقد عليه الفقه والقضاء يقضي بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ بصفته القانونية ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وإن المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون المحلي).

(٤) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي- المرجع السابق- ص ٢٠٩.

المختص. فمثلاً أجازت المادة (١/٧٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ ذلك بقولها: (١- في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية).

فإذا طلب القاضي هذا التعاون من الخصوم وامتنعوا أو عجزوا عن القيام به، ليس له أن يرفض تطبيقه بحجة عدم قيامهم بإثباته، بل يقع عليه عندئذ عبء البحث عنه والتثبت من وجوده ومن ثم تطبيقه، وهذا ما تأخذ به المادة (٢٩٣) من قانون المرافعات المدنية الألماني بقولها: (القواعد العرفية والقواعد التشريعية وكذلك قواعد القانون في دولة أخرى ليست بحاجة إلى إثبات، إلا في حدود علم المحكمة بها. ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم بإثباته، وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لإدراك هذه الغاية) (١).

وفي المملكة الأردنية الهاشمية مهما كانت الصعوبة في إثبات القانون الأجنبي المختص، يجب على القاضي الأردني أن يتحرى عنه ويتثبت من وجوده من تلقاء نفسه بعدما يتقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الأردنية وبدون طلب من أحد استدلالاً من الكلمات والعبارات الأمرة التي استعملها المشرع الأردني في صيغة نصوص قواعد الإسناد الأردنية مثل (يسري)، (يرجع)، (يخضع)، (تعين) فضلاً عن قرار محكمة التمييز الأردنية الأنف الذكر بهذا الخصوص.

فمثلاً تنص المادة (١/١٢) من القانون المدني الأردني على أن: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم...).

وتنص المادة (١/١٣) منه على أن: (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين).

وتنص المادة (٢١) منه على أن: (تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع...).

وتنص المادة (٢٦) منه على أن: (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي النسب...).

فهذه الكلمات والجملة الأمرة الصريحة تلزم القاضي الأردني بالرجوع إلى القانون الأجنبي الذي يتقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الأردنية كقانون ملزم من تلقاء نفسه ويقوم بالتثبت منه وتطبيقه ولولم يطلب منه أحد الخصوم ذلك، خاصة ان معرفة القانون الأجنبي وإثباته وإن كانت مهمة صعبة وتستغرق وقتاً طويلاً وجهداً شاقاً، إلا أنها أصبحت ميسورة بفضل انتشار المجلات والمؤلفات العلمية في القانون وانعقاد مؤتمرات دولية وإقليمية عديدة ونشر أحكام القضاء في مجموعات قانونية خاصة وتبادل التشريعات بين الدول المختلفة تنفيذاً للاتفاقيات القضائية، مثل اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الموقعة بين الدول العربية في الرياض بتاريخ ١٩٨٣/٤/٤ والتي تنص في مادتها الأولى على (تبادل وزارات العدل لدى الأطراف المتعاقدة بصفة منتظمة نصوص التشريعات النافذة والمطبوعات والنشرات والبحوث القانونية والقضائية والمجلات التي تنشر فيها الأحكام

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٣٦.

القضائية، كما تتبادل المعلومات المتعلقة بالتنظيم القضائي، وتعمل على اتخاذ الإجراءات الرامية إلى التوفيق بين النصوص التشريعية والتنسيق بين الأنظمة القضائية لدى الأطراف المتعاقدة حسبما تقتضيه الظروف الخاصة بكل منها).

وتنص المادة (٢) منها على أن: (تشجع الأطراف المتعاقدة عقد المؤتمرات والندوات والحلقات لبحث مواضيع متصلة بالشريعة الإسلامية الغراء في مجالات القضاء والعدالة. كما تشجع زيارة الوفود القضائية وتبادل رجال القضاء والعدل بقصد متابعة التطور التشريعي والقضائي في كل منهما، وتبادل الرأي حول المشاكل التي تعترضها في هذا المجال وتشجع أيضاً تنظيم زيارات تدريبية للعاملين في كل منها.

وتدعم الأطراف المتعاقدة مادياً ومعنوياً وبالأطر العلمية المؤهلة المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، ليقوم بدوره كاملاً في توثيق و تنمية التعاون العربي في المجالين القانوني والقضائي وتجري المراسلات المتعلقة بكل هذه الأمور مباشرة بين وزارات العدل على أن تخطر كل منها وزارة الخارجية لتبلغها بصورة من هذه المراسلات^(١).

ويتربط على الأخذ بهذا الرأي في اعتبار القانون الأجنبي المختص بمنزلة القانون الوطني خضوع الخطأ في تطبيقه لرقابة محكمة التمييز في المملكة الأردنية الهاشمية. طرق إثبات القانون الأجنبي المختص:

لم يحدد القانون المدني الأردني طرق إثبات القانون الأجنبي المختص رغم أهمية هذا الموضوع، وإنما نصت المادة (٧٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م على أن: (١- في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية. ٢- وإذا قدم أحد الخصوم مستندات محررة بلغة أجنبية وجب أن يرفق بها ترجمة رسمية أو ترجمة عرقية لا يعترض عليها خصمه. وللمحكمة في جميع الأحوال أن تكلف الخصوم بتقديم ترجمة رسمية).

كما أن فقه القانون الدولي الخاص هو الآخر لم يول هذه المسألة عناية خاصة، ولكن تشريعات بعض الدول نظمته بحيث يمكن للمحكمة أن تقبل إفادة المختصين في القوانين ذات الشأن، الشفعية أو التحريرية والوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية أو التي استحصلت عن طريق وزارة الخارجية، عند تحققها وتثبتها من قانون أجنبي. ولها أيضاً أن تطلب من قنصل دولة القانون الأجنبي المختص أو نائبه إرسال ممثل عنه للحضور أمامها كخبير للاسترشاد بمعلوماته عن قانون دولته^(٢).

(١) تنص المادة (٢٦) من اتفاقية التعاون القضائي بين العراق وتركيا لعام ١٩٤٧ إلى أنه: (بناء على الطلب الذي تصدره السلطات العدلية والمقدم بالطرق الدبلوماسية من قبل كل من الطرفين المتعاقدين يزود الطرفان المتعاقدان بعضهما بنسخ القوانين المعمول بها في بلادهما وعند الحاجة بأية معلومات حقوقية أخرى).

وتنص المادة الأولى من اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين العراق ومصر لعام ١٩٦٤ على أن: (يتعهد الطرفان المتعاقدان بتبادل المعلومات والوثائق في الشؤون القانونية والقضائية وبالعامل المشترك من أجل تحقيق أكبر قدر من الوحدة بين تشريعات كل منهما. ويقوم الطرفان فضلاً عن ذلك بإيفاد البعثات وبالإشتراك في تنظيم اجتماعات ومحاضرات وحلقات دراسية).

(٢) وهذا ما أخذت به المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ في العراق.

ولذلك عندما عرضت قضية زواج البنت الإنكليزية من عراقي أمام محكمة عراقية وتقرر تطبيق القانون الإنكليزي فيها استدعت المحكمة العراقية كما سبق أن ذكرنا المستشار القانوني في السفارة البريطانية ببغداد لبيان حكم القانون الإنكليزي في القضية^(١). وكذلك للمحكمة سبيل الرجوع إلى البحوث والدراسات القانونية المنشورة عن القانون الأجنبي المختص وطلب التعاون من أطراف العلاقة والاسترشاد بالأحكام القضائية الصادرة من محاكم دولة هذا القانون لمعرفة موقفها من موضوع النزاع لا سيما قضاء المحكمة العليا في تلك الدولة، مثل محكمة النقض أو محكمة التمييز.

ويمكن أن يتزود القاضي بموقف القضاء الأجنبي عن طريق النشرات القضائية التي يقدمها الخصوم للمحكمة أو عن طريق سفارة الدول الأجنبية أو وزارة الخارجية أو بالطلب المباشر بين السلطات القضائية في دولة القاضي ودولة القانون الأجنبي المختص أو عن طريق الإنابة القضائية استناداً إلى اتفاقية قضائية معقودة بين الدولتين كما سبق أن ذكرنا ذلك.

وللقاضي الأردني سلطة واسعة في إثبات القانون الأجنبي المختص بكافة طرق الإثبات عدا اليمين والإقرار اللذين استقر الفقه على استبعادهما من وسائل إثبات القانون الأجنبي المختص، لأنهما لا يصلحان بطبيعتهما للإثبات في هذه الحالة^(٢). إلا أنه إذا قام القاضي الوطني ببذل كل الجهود للتثبت من القانون الأجنبي المختص وجابته صعوبات مادية وقانونية حالت دون استدلاله على ما أراد وتعذر عليه إثباته، فماذا يكون الحل البديل في هذه الحالة، وأي قانون يطبق على النزاع؟. اختلفت الآراء والاتجاهات بشأن هذه المسألة كالاتي:

١- وجوب الامتناع عن نظر الدعوى:

يذهب هذا الرأي إلى وجوب الامتناع عن نظر الدعوى في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص، وهذا ما أخذت به المحاكم في أمريكا منذ عام ١٩٥٤م في قضية (Walton) عندما وقع اصطدام بين سيارتين لأمريكيين في المملكة العربية السعودية وتعذر على المحكمة الأمريكية في ولاية كاليفورنيا إثبات القانون السعودي الذي تقرر تطبيقه في النزاع بأمر من قواعد الإسناد الأمريكية مما حمل المشرع في هذه الولاية عام ١٩٥٧م على تعديل قانون المرافعات بما يضمن إعطاء الحق للمحكمة في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص في أن تطبق قانونها الوطني أو أن تمتنع عن نظر الدعوى^(٣).

٢- تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي المختص.

٣- تطبيق قانون القاضي (Lex Fori).

ويذهب هذا الرأي إلى وجوب تطبيق قانون القاضي عند تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص، لأنه صاحب الاختصاص الاحتياطي في مثل هذه الحالة، وأنه أكثر ملاءمة لحكم النزاع وأقدر على تحقيق العدالة لاعتبارات عملية عديدة، وفي نفس الوقت

(١) راجع الصفحة (٧٨) من الكتاب.

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٣٩.

(٣) المرجع السابق - ص ٣٤١.

يؤدي إلى تجنب إمكان الامتناع عن فض النزاع ورفض نظره، خاصة إذا كان الأمر يتطلب تنفيذ الحكم في دولة القاضي. وقد أخذت المادة (٧٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي بهذا الرأي بقولها: (إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص يطبق حكم القانون التركي في النزاع المعروض)^(١).

فتم تطبيق قانون القاضي على النزاع في هذه الحالة أرجح الحلول دولياً، لأنه يعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، مما ينطبق وأحكام المادة (٢٥) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين).

المبحث الثاني

تفسير القانون الأجنبي

عندما يطبق القاضي أي قانون مختص يضطر إلى تفسيره قبل تطبيقه، سواء أكان قانونه الوطني أم قانون دولة أخرى. فقيامه بتفسير قانونه الوطني قبل تطبيقه لا يثير إشكالا في الموضوع، لأن ذلك من واجبه ويجريه بحرية مطلقة.

أما بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي المختص فهل له أن يقوم به بنفس الأسلوب الذي يتبعه في تفسير قانونه الوطني أم يجب عليه أن يتبع الأساليب والمعايير المتبعة في القانون الأجنبي المختص نفسه؟ وهل يحق له ممارسة الرقابة على دستورية القانون الأجنبي المختص؟ بعد هذا وذاك هل يحق لمحكمة التمييز أو النقض أن تبسط ولايتها على تفسير القانون الأجنبي المختص أم أن هذا الأمر متروك لمحكمة الموضوع وحدها؟ هذه التساؤلات اختلفت الآراء والحلول بشأنها كالآتي:

أولاً- بالنسبة للأسلوب الواجب اتباعه في تفسير القانون الأجنبي:

هناك عدة آراء بخصوص الأسلوب الواجب اتباعه من قبل القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي المختص أهمها:

١- اتباع نفس أسلوب تفسير القانون الوطني:

يذهب هذا الرأي إلى وجوب اتباع نفس الأسلوب المتبع في تفسير القانون الوطني عند تفسير القانون الأجنبي المختص، باعتبار أن القانون الأجنبي إذا تقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الوطنية، فإنه يمتزج مع القانون الوطني ويصبح جزءاً منه ولا ينبغي تقييد حرية القاضي الوطني في تفسيره بالأساليب القضائية السائدة في الخارج إلا إذا كان القضاء مصدراً رسمياً للقانون المراد تفسيره وتطبيقه^(٢). وقد أخذت بهذا الرأي قوانين إيطاليا والنمسا وبولونيا والبرتغال ودول أمريكا اللاتينية وروسيا وتركيا و(جيكوسلوفاكيا ويوغسلافيا قبل تجزئتهما). بينما القانون الألماني أجاز ذلك في بعض الموضوعات، مثل تحديد الحق المكتسب وتنفيذ الأحكام الأجنبية والتفسير الذي يؤدي إلى انعقاد الاختصاص التشريعي أو القضائي للقانون والقضاء الألماني^(٣).

(١) انظر Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf. 191.

(٢) انظر الدكتور هشام علي صادق - المرجع السابق - ص ٢٥٢ والدكتور جابر إبراهيم الراوي - المرجع السابق - ص ٦٨.

(٣) انظر Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf. 193.

٢- ويذهب رأي آخر إلى وجوب تفسير القانون الأجنبي المختص بالأسلوب السائد في النظام القانوني للدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها.

٣- وهناك رأي ثالث يذهب إلى وجوب قيام القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي المختص بنفس الأساليب والمعايير المتبعة في دولة هذا القانون، وإذا استحال عليه ذلك من الناحية العملية جاز له عندئذ تفسيره وفقاً للأساليب والمعايير المتبعة في قانونه الوطني.

ولكن إذا تطابق نص القانون الأجنبي المختص مع نص قانون القاضي حرفياً، هل يرجع القاضي أيضاً في هذه الحالة إلى الأساليب والمعايير المتبعة في دولة القانون الأجنبي المختص لتفسيره؟^(١) فمثلاً معظم نصوص القوانين المدنية وقوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية متشابهة، وقواعد قانون الأحوال الشخصية التركي منقولة حرفياً من القانون المدني السويسري.

ذهب استاذنا المرحوم الدكتور مصطفى كامل ياسين إلى أنه لا بد من تفسير القانون الأجنبي المختص في هذه الحالة بنفس الأسلوب السائد في النظام القانوني لدولة القانون الأجنبي المختص حتى لو اتحدت أو تشابهت نصوصه مع نصوص قانون القاضي. لأن حرفية النصوص في دول مختلفة لا تعني في جميع الأحوال اتحادها في المعنى والمضمون. فقد يكون للظروف التاريخية وطرق الرقابة القضائية أثر في إسباغ معنى خاص للنص في دولة يختلف عما هو عليه في نص يشابهه في دولة أخرى^(٢)، مما يجب التمسك بمعنى القانون الأجنبي المختص كما هو مطبق في دولته للوصول إلى المعنى الذي يقصده مشرعه في بلده وزمنه.

فالمشرع عندما ينص في قواعد الإسناد الوطنية على تطبيق قانون أجنبي، يريد بذلك حقيقة اتباع نفس الحلول القانونية السائدة في دولة هذا القانون، لأن القاعدة القانونية لا تعني النص القانوني وحده، وإنما تتضمن مبادئ واتجاهات وتفسيرات خاصة بها ولا بد من الرجوع إليها ككل^(٣).

ولكننا نرى مع من يرى عدم جدوى هذا الرأي لاعتبارات عملية واضحة، لأن رجوع قاضي الموضوع إلى الظروف التاريخية والسياسية والاقتصادية التي وراء النص الأجنبي في دولة أجنبية صعب جداً ويؤدي إلى تضییع المبادئ العامة للقانون.

وعليه فإننا نرى وجوب الاعتراف بحرية القاضي الأردني في تفسير القانون الأجنبي المختص بنفس الأساليب والمعايير التي يتبعها في تفسير قانونه الوطني. لأنه بهذا التفسير قد يظهر للقاضي الأردني أن القانون الأجنبي المختص يخالف النظام العام أو الآداب في الأردن ويجب استبعاد تطبيقه وفقاً للمادة (٢٩) من القانون المدني التي تنص

(١) هذا الرأي مشار إليه في كتاب الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢١٨

والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٤٣ نقلاً من مصدره الأصلي *Problemes Relatifs al'application du droit etraner Recueil des Cours de l'Academie de droit international, 1962 Tome 11(106) P. 505 ets.*

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٤٣.

على أنه: (لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

ثم ان قيام القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي المختص وفقاً للأساليب والمعايير المتبعة في قانونه الوطني ليس فيه أي تجاوز على اختصاص ووظيفة قضاء الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها في النزاع المعروض.

ثانياً - بالنسبة لرقابة المحكمة الوطنية على دستورية القانون الأجنبي المختص:

الرقابة على دستورية القوانين هي التأكد من صحة التشريع شكلاً وموضوعاً. والأصل أن لا تكون الجهة التي تقوم بهذه الرقابة هي نفس السلطة التي تضع قواعد التشريع، ولذلك تحرص الدول على الاعتراف بهذه الرقابة للسلطة القضائية نظراً لما يتسم به القضاء من استقلال وحياد ونزاهة.

وقد تتمثل هذه الرقابة في امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير الدستوري شكلاً أو موضوعاً، وقد تشمل إمكان وقف العمل به. ورقابة دستورية القوانين مقررلة للقضاء في النرويج ورومانيا والبرتغال وألمانيا وكندا وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية.

فللمحكمة الاتحادية العليا في أمريكا حق إيقاف العمل بقانون غير دستوري وإبطاله، وللمحاكم العادية الأخرى حق الامتناع عن تطبيق مثل هذا القانون، بينما في فرنسا استقر التطبيق على عدم جواز نظر السلطة القضائية في دستورية القوانين استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي جاءت به الثورة الفرنسية واستقر منذ ذلك الوقت على منع القضاء الفرنسي من النظر في دستورية القانون ولو كان مخالفاً شكلاً أو موضوعاً للدستور.

ودساتير بعض الدول الأخرى تنص أيضاً صراحة على منع القضاء من حق رقابة دستورية القوانين، على أساس ان التشريع هو من اختصاص السلطة التشريعية فقط وليس للقضاء أن يمتنع عن تطبيق قانون صادر من السلطة التشريعية ولو كان مخالفاً للدستور، كما في لبنان وبلجيكا وبولندا. وهناك دساتير دول أخرى سكنت عن هذه المسألة، كما في الأردن.

ولا تثار هذه المشكلة في الدول ذات الدساتير المرنة (العرفية)، مثل إنكلترا. فالتشريع الجديد المخالف للدستور في إنكلترا يعد معدلاً لا مخالفاً وما على المحاكم إلا تطبيقه دون النظر إلى مخالفته للدستور. ولما كانت الرقابة القضائية على صحة التشريع قد تكون من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، لذا لا بد من بحث كل حالة منهما على حدة بشيء من الإفاضة.

أ- الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الشكل:

لا بد من صدور التشريع موافقاً ومستوفياً للإجراءات والأشكال المنصوص عليها في الدستور وإلا يعتبر مخالفاً له شكلاً، كضرورة وضعه من قبل السلطة المختصة بالمراحل التشريعية المحددة وإصداره ونشره في الجريدة الرسمية... إلخ.

فإذا لم يمر التشريع بمرحلة من المراحل التشريعية في مجلس الأمة (البرلمان)، أو لم يقر بالأغلبية المنصوص عليها في الدستور، أو إذا دخل النفاذ قبل نشره في الجريدة الرسمية، يعتبر حينئذٍ تشريعاً معيباً ناقصاً لعدم استيفائه الإجراءات الشكلية التي نص عليها

الدستور. فهل تملك المحكمة الوطنية فرض رقابة على دستورية القانون الأجنبي المختص والبحث عن دستوريته أو عدم دستوريته من حيث الشكل ومن ثم الامتناع عن تطبيقه؟
للجواب على هذا التساؤل نقول: إن إجماع الفقه والقضاء منعقد على أن القاضي في أي بلد مخول بالتأكد من استيفاء القانون المراد تطبيقه على النزاع المعروض أمامه إجراءاته الشكلية التي يفرضها دستور دولة هذا القانون، سواء أكان وطنياً أم أجنبياً والامتناع عن تطبيقه إذا لم يكن مستوفياً هذه الإجراءات، سواء تنبّهت المحكمة إلى عدم دستوريته من تلقاء نفسها أم بناء على دفع أحد الخصوم^(١).

ب- الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع:

تطبيقاً لمبدأ التدرج في التشريع يجب ألا تكون أحكام التشريع الأدنى مخالفة لأحكام التشريع الأعلى من حيث الموضوع، فإذا تعارض تشريعان من مرتبتين مختلفتين وجب ترجيح التشريع الأعلى وتجريد الأدنى المخالف من عنصر الإلزام عن طريق الرقابة على دستورية القوانين. وكما سبق أن ذكرنا أن دساتير بعض الدول تمنع القضاء من حق ممارسة الرقابة الدستورية على القوانين من حيث الموضوع، ودساتير دول أخرى تمنحه هذا الحق، ودساتير دول أخرى سكنت عن ذلك. فهل يملك القاضي الوطني حق النظر مقدماً في دستورية القانون الأجنبي المختص من حيث الموضوع والامتناع عن تطبيقه أم لا؟

للجواب على ذلك نقول: إن على القاضي الوطني الرجوع إلى دستور الدولة الأجنبية التي تقرر تطبيق قانونها في النزاع المشوب بعنصر أجنبي إذا حصل الدفع بعدم دستورية هذا القانون. فإذا كان هذا الدستور يتضمن مبدأ منع الرقابة القضائية على دستورية القوانين يجب عليه اتباع هذا المنع وعدم ممارسة الرقابة ولو كان دستور دولته يجيز ذلك، وما عليه في هذه الحالة إلا تطبيق القانون الأجنبي المختص دون بحث دستوريته أو عدم دستوريته.

أما إذا كان دستور الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها في النزاع يبيح الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فعليه حينذاك ممارسة هذه الرقابة رغم اصطدام ذلك ببعض العقبات السياسية والعلمية لإتصاف الرقابة في هذه الحالة بالتدخل في الشؤون السياسية والدستورية لدولة أجنبية ذات سيادة.

أما في المملكة الأردنية الهاشمية، فقد خلت دساتيرها المتعاقبة للسنوات ١٩٢٨ و ١٩٤٦ و ١٩٥٢ من أي نص صريح يتعلق برقابة دستورية القوانين سلباً أو إيجاباً. فلا هي خولت القضاء حق ممارسة هذه الرقابة ولا منعت، ولكن الفقه كان يفسر هذا السكوت بأن للقضاء العادي حق ممارسة الرقابة على دستورية القوانين وشرعية الأنظمة من حيث الشكل والموضوع.

ولما صدر قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ نصت المادة (٩/٧-٧) منه على اختصاص هذه المحكمة دون غيرها بالنظر في (الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور).

(١) انظر مؤلفنا - المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ١٢٨ وما بعدها.

فاختصاص محكمة العدل العليا في ممارسة رقابة دستورية القوانين في الأردن يتمثل في إيقاف العمل بقانون مؤقت مخالف للدستور أو بنظام مخالف للقانون أو الدستور دون القوانين الدائمة. ولكننا نعتقد بأن للقضاء الأردني العادي حق ممارسة رقابة دستورية القوانين الدائمة شكلاً وموضوعاً والامتناع عن تطبيق المخالف منها للدستور. لأن القضاء لا يطبق إلا القوانين الكاملة المستوفية للإجراءات الدستورية وغير المخالفة للدستور وأن القانون المخالف للدستور شكلاً أو موضوعاً لا يعد كاملاً وصحيحاً، واختصاص محكمة العدل العليا في نظر الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام قانون مؤقت مخالف للدستور لا يخل بحق المحاكم النظامية في ممارسة رقابة دستورية القوانين الأخرى غير المؤقتة بالامتناع عن تطبيقها لعدم دستوريتها.

لذا فإننا نرى بأن للمحاكم الأردنية النظامية غير محكمة العدل العليا حق التأكد من صحة القانون الأجنبي المختص شكلاً قبل تطبيقه. أما من حيث الموضوع فينبغي عليها الوقوف على حكم دستور الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها في النزاع بخصوص ذلك. فإذا كان يسمح بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، كان للمحكمة الأردنية التي تنظر النزاع أن تمارس هذه الرقابة وتبحث في دستورية أو عدم دستورية القانون الأجنبي المختص والامتناع عن تطبيقه إذا كان مخالفاً لدستور دولته الأجنبية.

أما إذا كان دستور الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها في النزاع المعروض لا يسمح بالرقابة القضائية على دستورية القوانين، فعلى المحكمة الأردنية التي تنظر النزاع عدم ممارسة هذه الرقابة على دستورية أو عدم دستورية القانون الأجنبي المختص قبل تطبيقه.

ج- بالنسبة لرقابة محكمة (التمييز أو النقض) في دولة القاضي على تطبيق القانون الأجنبي المختص:

وبالنسبة لرقابة محكمة (التمييز أو النقض) في دولة القاضي على حسن وسلامة تفسير وتطبيق القانون الأجنبي، يختلف الوضع فيما إذا كان ينظر إلى القانون الأجنبي المختص كمجرد واقعة أو كقانون ملزم.

فإذا اعتبرنا القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة، لا يخضع عندئذ القرار الصادر بمقتضاه في النزاع من المحكمة الوطنية المختصة للتمييز لدى محكمة (التمييز أو النقض) في دولة القاضي، لأن قرار محكمة الدرجة الأولى في الوقائع يعتبر نهائياً غير خاضع لرقابة وتدقيق محكمة (التمييز أو النقض).

أما إذا اعتبرنا القانون الأجنبي المختص مجرد واقعة، فلا يخضع عندئذ القرار الصادر بمقتضاه في النزاع من المحكمة الوطنية المختصة للتمييز لدى محكمة (التمييز أو النقض) في دولة القاضي، لأن قرار درجة المحكمة الأولى في الوقائع يعتبر نهائياً غير خاضع لرقابة وتدقيق محكمة (التمييز أو النقض).

أما إذا اعتبرنا القانون الأجنبي المختص بمنزلة القانون الوطني، فيخضع عندئذ القرار الصادر بمقتضاه في النزاع من المحكمة الوطنية المختصة لرقابة وتدقيق محكمة (التمييز أو النقض) في دولة القاضي.

وفي رأينا يجب إخضاع تفسير وتطبيق القانون الأجنبي المختص في جميع الحالات لرقابة وتدقيق محكمة (التمييز أو النقض) في دولة قاضي الموضوع، شأنه في ذلك شأن القانون الوطني تماماً. لأن مهمة محكمة (التمييز أو النقض) هي المحافظة على وحدة التفسير والحلول وسلامة تطبيق القانون، وأن فهمها لقصد المشرع في القانون الأجنبي المختص قد يكون أكثر من فهم القاضي المنفرد بسبب الخبرة الطويلة المتوفرة لدى أعضائها، ولأن القاضي الوطني قد يهمل التحري عن القانون الأجنبي المختص وتفسيره إذا كان يعلم مسبقاً أن قراره يعتبر باتاً وغير قابل للطعن، وفي هذا ضرر محقق لصاحب الحق ومخالفة لروح العدالة وقواعد الإسناد الوطنية التي أمرت بتطبيق القانون الأجنبي المختص.

وعليه فإن قرار القاضي الأردني في تفسير وتطبيق القانون الأجنبي المختص يجب أن يخضع لتدقيق محكمة التمييز الأردنية إذا كان القرار قد بني على مخالفة لأحكام هذا القانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله محافظة على سلامة تطبيقه، شأنه شأن القانون الأردني تماماً.

كما أن مهمة محكمة التمييز في الأردن هي توحيد الحلول والأحكام القانونية والاتجاهات القضائية السليمة في الدولة، مما يقتضي فرض رقابتها على تطبيق القوانين في الأردن وطنية كانت أم أجنبية. فلولا رقابة محكمة التمييز هذه لذهبت محكمة بداية إربد مثلاً إلى اتجاه معين في تفسير وتطبيق القانون الأجنبي المختص وذهبت محكمة بداية عمان إلى اتجاه آخر مختلف في تفسيره وتطبيقه في واقعة تحيطها نفس الظروف والوقائع، وهكذا يؤدي الأمر إلى اختلاف الأحكام والحلول والاتجاهات القضائية في الأردن^(١).

(١) وفقاً للمادة (١٩٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ يقبل الطعن في الأحكام بالتمييز في الأحوال التالية:

- ١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله.
- ٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم.
- ٣- إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية سواء أذعن بهذا أم لم يدفع.
- ٤- إذا لم يبين الحكم على أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة التمييز أن تمارس رقابتها.
- ٥- إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.
- ٦- إذا كان في الحكم والإجراءات المتخذة في الدعوى مخالفة صريحة للقانون أو كان في أصول المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة، فعلى محكمة التمييز أن تقرر نقضه ولولم يأت المميز والمميز عليه ضده في لوائحهما على ذكر أسباب المخالفة المذكورة ... إلخ.

الباب الثاني

تنازع الاختصاص القضائي الدولي

الاختصاص القضائي هو السلطة التي يخولها المشرع لهيئة من الهيئات القضائية للفصل في المنازعات، أي سلطة المحكمة للحكم في نوع معين من الخصومة بمقتضى القانون. ففي النزاع المشوب بعنصر أجنبي إذا تحدد القانون الواجب تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الوطنية تبرز مسألة أخرى وهي محكمة أية دولة تختص بالبث والفصل فيه. إذ قد تفترض محاكم عدة دول في أن واحد اختصاصها في حسم النزاع، أو قد تبدي محاكم عدة دول عدم اختصاصها في نظر النزاع، فينشأ من هذا الوضع ما يسمى بـ (تنازع الاختصاص القضائي الدولي)، مما يجب تحديد المحكمة المختصة برويته من بين محاكم الدول المتنازعة على اختصاص النظر فيه. وهو بذلك يختلف عن تنازع الاختصاص القضائي الداخلي الذي يُبحث فيه عن المحكمة المختصة من بين محاكم الدولة بروية الدعوى، ويتم حله وفقاً لقواعد قانون أصول المحاكمات المدنية. بينما يتم حل تنازع الاختصاص القضائي الدولي وفقاً لقواعد تنازع يضعها المشرع الوطني في كل دولة تسمى (قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي).

فمثلاً إذا رفع فرنسي مقيم في الأردن دعوى تطليق زوجته الفرنسية أمام القضاء الأردني، يُبحث هنا عن الاختصاص العام للقضاء الأردني في رؤية هذه الدعوى. فإذا انعقد له هذا الاختصاص يبحث عن الاختصاص القضائي الداخلي أو المحلي الخاص له من حيث: لأية محكمة من محاكم الأردن ينعقد هذا الاختصاص القضائي، هل لمحكمة إربد أم لمحكمة عمان؟... إلخ.

فالببحث عن الاختصاص القضائي الداخلي الخاص في النزاع المشوب بعنصر أجنبي يتم بعد ثبوت الاختصاص القضائي الدولي العام. إذ من الضروري في النزاع المشوب بعنصر أجنبي أن يتعين أولاً الاختصاص القضائي العام. فإذا ظهر أن محاكم دولة معينة لا تختص اختصاصاً قضائياً عاماً فيه لا يكون الاختصاص القضائي الخاص موضوع بحث بالنسبة لمحاكم نفس الدولة. أما إذا ثبت أن محاكم تلك الدولة هي المختصة اختصاصاً قضائياً عاماً بروية النزاع، فعندئذ يكون الاختصاص القضائي الخاص موضوع بحث. بينما في النزاع الداخلي غير المشوب بعنصر أجنبي لا يكون الاختصاص القضائي العام موضوع بحث، بل ينظر فقط في الاختصاص القضائي الداخلي الخاص مباشرة^(١).

فالعنصر الأجنبي الذي يشوب النزاع هو الذي يشير تنازع الاختصاص القضائي الدولي ويمكن أن يكون ذلك بسبب اختلاف جنسية أطراف النزاع أو لوجود الشيء المتنازع عليه في الخارج أو لتنظيم التصرف القانوني في الخارج... إلخ.

فإذا لم يثبت الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة قاضي الموضوع في النزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض أمامها، عليها أن تقرر عدم اختصاصها فيه وإلا كان حكمها معرضاً للنقض. خاصة أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر بصورة عامة من النظام العام في كل دولة.

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 322 ve Prof. Dr. Yilmaz Altug. sf. 5

والاختصاص القضائي الدولي يتحدد عندما يحدد المشرع الوطني عادة الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية. فالمشرع الوطني لا يحدد ولا يتدخل في تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدول الأجنبية في أي نزاع يعرض على القاضي الوطني، وإذا قام بذلك، فإن محاكم الدول الأجنبية لا تخضع لقواعد تنظيم هذا الاختصاص التي وضعها مشرع قانون دولة أخرى، لأنها لا تمثل لأوامر المشرع الأجنبي. فالمشرع الأردني مثلاً لا يبين الاختصاص القضائي للمحاكم الأجنبية ولا يمكن أن يتطرق إليه، لأن تحديد الاختصاص القضائي في كل دولة يتعلق بالسيادة المطلقة والاختصاص المانع^(١). ففي هذا الباب نشرح الاختصاص القضائي الدولي العام فقط تحت عنوان (الاختصاص القضائي الدولي) دون (الاختصاص القضائي الداخلي أو المحلي الخاص)، لأنه خارج موضوع دراستنا، ويدخل ضمن دراسة قانون أصول المحاكمات المدنية.

(١) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٥٠ و Prof. Dr. Yilmaz Altug, Develetler Hususi Hukukunda Yargi Yetkisi - Istanbul- 1973. sf. 1. Ve Ilban Postacioglu- Medeni Usul Hukuku Dersleri. 4 Basi Istanbul - 1968. sf. 3

الفصل الأول

الاختصاص القضائي الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص ومعايير ثبوته

لم يجلب الاختصاص القضائي الدولي اهتمام الشراح في فرنسا، ولهذا لم يتضمن القانون الفرنسي قواعد عامة لهذا الموضوع عكس قوانين الدول الأنجلوسكسونية التي أولته اهتماماً خاصاً وأوجبت البحث عن الاختصاص القضائي الدولي العام أولاً في كل نزاع مشوب بعنصر أجنبي يعرض على محاكم هذه الدول قبل النظر في الاختصاص القضائي المحلي أو الداخلي الخاص^(١).

وفي بعض الدول أدرجت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في صلب القانون الدولي الخاص، كما في بولونيا وتركيا. وفي دول أخرى أدرجت في القانون المدني، كما في هولندا ورومانيا والعراق وإيطاليا والبرتغال وإسبانيا والبرازيل واليونان وفرنسا. وفي الأردن أدرجت ضمن أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية المشرعة أصلاً للاختصاص القضائي الداخلي.

ودعا بعض الشراح في فرنسا مثل (Mazeau) إلى عدم إدراج قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص، بل في قانون حقوق الأجانب، وطالب بعض الشراح في ألمانيا مثل (Von Bar) و (Nussbaum) إلى إدراجها في قانون مستقل يطلق عليه اسم (قانون أصول الحقوق الدولية).

وفي تركيا يميل أغلب الشراح إلى ضرورة إدراجها مع قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص^(٢).

ونحن بدورنا نؤيد إدراج تنازع الاختصاص القضائي الدولي في قانون مستقل رغم كونه أحد موضوعات القانون الدولي الخاص، وذلك أسوة بموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية الذي هو أيضاً من موضوعات القانون الدولي الخاص، ولكن أحكامه ترد حالياً في أغلب الدول ضمن قانون مستقل، مثل القانون الصادر في الأردن برقم ٨ لسنة ١٩٥٢م باسم (قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية)، والقانون الصادر في العراق برقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢م باسم (قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق)، خاصة أن هذا الاتجاه هو المتبع في بنود الاتفاقيات الدولية المعقودة للتعاون القضائي بين الدول.

وفي الأردن تعتبر المحاكم النظامية الأردنية هي الجهة القضائية ذات الولاية العامة على كل الأشخاص والأموال والقضايا في المواد المدنية ما لم يوجد نص في قانون خاص أو معاهدة نافذة في المملكة بخلاف ذلك، وهذا ما تؤكد المادة (١/٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ بقولها: (١- تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر).

(١) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 6

(٢) ومن هؤلاء:

(Muammer Rasit Sevig, Abdulhak Kemal Yoruk, Nusret Metiye, Osman Fazil Berki ve Hicri Fisek). (Erdog Goger - Devletler Hususi Hukuku- Kanunlar ihtilafı- istanbul- 1971. sf. 318, ve Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 8).

فلا يجوز للمحاكم الأردنية أن تمتنع عن قبول دعوى أو عن إصدار قرار الحكم فيها بحجة غموض القانون أو انعدام النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ومنكراً للعدالة.

المبحث الأول

علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالاختصاص التشريعي

لدى استقراء قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وقواعد تنازع الاختصاص التشريعي يتضح لنا استقلال كل واحد منهما عن الآخر، ولولا هذا الاستقلال لطبقت كل محكمة قانونها الوطني (Lex Fori) وانتهى سبب قيام القانون الدولي الخاص.

فتنازع الاختصاص القضائي الدولي مسألة قائمة بذاتها وتنازع الاختصاص التشريعي مسألة أخرى قائمة بذاتها. فانعقاد الاختصاص القضائي الدولي لمحكمة دولة معينة في نزاع مشوب بعنصر أجنبي لا يستتبعه بالضرورة انعقاد الاختصاص التشريعي لقانون تلك الدولة في نفس النزاع. لأن الاعتبار التي تراعى والغاية المتوخاة من إعطاء الاختصاص التشريعي لقانون دولة معينة في نزاع مشوب بعنصر أجنبي هي كون هذا القانون هو أنسب القوانين لحكم النزاع وأقدرها على تحقيق العدالة فيه. فهذه الاعتبارات ليست هي بعينها نفس الاعتبارات التي تراعى عند إعطاء الاختصاص القضائي الدولي في النزاع لمحكمة دولة معينة. ومع ذلك فقد يتحد الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي في نزاع واحد عندما يتقرر تطبيق قانون دولة معينة في النزاع مع بقاء الاختصاص القضائي الدولي فيه لمحكمة نفس الدولة، أو إذا انعقد الاختصاص القضائي الدولي في النزاع لمحكمة دولة معينة مع بقاء الاختصاص التشريعي فيه لقانون نفس الدولة، وهذا هو ما يحصل بالضبط في حالة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بسبب مخالفته للنظام العام أو الآداب وإحلال قانون القاضي محله، أو إذا تعذر التثبت من أحكام القانون الأجنبي المختص واضطرت المحكمة المختصة إلى تطبيق قانونها الوطني، أو عند مراعاة قواعد الإسناد الخاصة بإعطاء الاختصاص التشريعي والقضائي لقانون وقضاء موقع العقار. وهكذا الأمر في حالة إبرام عقد بين شخصين في دولة موطنهما المشترك، حيث تختص محاكم تلك الدولة بنظر النزاع المتعلق بهذا العقد على أساس أنها محاكم بلد إبرام العقد، ويختص قانون نفس الدولة في حكم النزاع على أساس أنه قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.

وأحياناً إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة معينة في النزاع المشوب بعنصر أجنبي، قد تعتبر محاكم تلك الدولة هي المختصة بالفصل في الدعوى لأسباب فنية أو لتطابق ذلك مع واقع الحال والمصلحة.

المبحث الثاني

المعايير العامة في ثبوت الاختصاص القضائي الدولي وحكم القانون الأردني

رغم قلة اهتمام الفقه بدراسة تنازع الاختصاص القضائي الدولي الأصلي والطارئ، فقد ساق الشراح معايير عامة في ثبوته تأثرت بها تشريعات الدول المختلفة كالآتي:

أولاً- معايير ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي:
معايير ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي قد تكون إقليمية أو شخصية كالاتي:

١- المعايير الإقليمية في ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي:

وهي المعايير التي يكون مردها موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو محل نشوء الالتزام أو محل تنفيذه. فالمشرع الأردني عقد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحاكم الأردنية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي على أساس المعيار الإقليمي في الدعاوى التي تقام على الأجنبي الذي لا موطن له ولا محل إقامة معتادة في الأردن، في عدة حالات نصت عليها المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقولها^(١):
(تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة^(٢)) في الأردن وذلك في الأحوال الآتية:

- ١- إذا كان له في الأردن موطن مختار.
 - ٢- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيه أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيه.
 - ٣- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الأردن.
- وعليه لا بد من شرح أسس هذه الحالات المستندة إلى المعايير الإقليمية في ثبوت الاختصاص القضائي الدولي وحكم القانون الأردني فيها بشيء من الإفاضة وكالاتي:
- أ- معيار موطن أو محل إقامة المدعى عليه:

فبموجب هذا المعيار يثبت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي بالارتباط الإقليمي على أساس موطن أو محل إقامة المدعى عليه، حيث يُعطى الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لمحاكم الدولة التي يتوطن أو يقيم فيها

(١) ذكر الدكتور حسن الهداوي أستاذ القانون المدني في جامعة مؤتة في السطر الثالث من الصفحة ٢٥٨ من مؤلفه الموسوم بـ (تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الأردني) بأن المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية قد تحدثت عن اختصاص المحاكم الأردنية في الدعاوى التي يكون المدعى فيها أجنبياً، بينما هذا غير صحيح لأن المادة (٢٨) المذكورة تحدثت عن اختصاص المحاكم الأردنية في الدعاوى التي يكون المدعى عليه فيها أجنبياً، لأنها تنص على أن: (تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي...) ولذلك نأمل منه تصحيح هذا الخطأ في الطبعة القادمة لمؤلفه، لأن النص واضح لا يتحمل هذا التأويل.

(٢) يخلط المشرع الأردني بين الموطن ومحل الإقامة ويستعملهما مترادفين أحياناً ويميز بينهما أحياناً أخرى. فمثلاً عرف في المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الموطن بأنه: (المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة). ثم يعود ويميز بينهما عندما يقول في المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية: (تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن...).

فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص لمدة غير محددة بنية البقاء، بينما محل الإقامة هو المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مادية لمدة محدودة بدون نية البقاء. فالموطن يختلف عن محل الإقامة لأنه يتكون من ركنين: الأول هو (الركن المادي) المتمثل في الوجود المادي للشخص في مكان معين، والثاني هو (الركن المعنوي) المتمثل في نية البقاء. بينما محل الإقامة لا يتوافر فيه سوى (الركن المادي) دون الركن المعنوي (انظر بحثنا، الموطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن المنشور في مجلة دراسات للجامعة الأردنية، المجلد ٢٤ علوم الشريعة والقانون، العدد ٢، كانون الأول ١٩٩٧).

المدعى عليه فعلاً باعتبارها أنسب المحاكم للبت في الدعوى نظراً لأن الأصل في قواعد الإثبات هو براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس. ولهذا لا يجوز أن يتكبد المدعى عليه المشقة ونفقات السفر لحضور مرافعة الدعوى المقامة عليه في محكمة دولة أخرى ما دام لم يثبت بعد انشغال ذمته، بل على المدعى أن يثبت دعواه ويلحق المدعى عليه في موطنه العام أو موطنه المختار أو محل إقامته. وقد أخذ بهذا المعيار في أمريكا وتركيا. فالمحكمة العليا الفيدرالية في أمريكا دأبت على الأخذ بهذا المعيار منذ أن طبقته عام ١٩٤٠ في قضية تعرف بقضية (Meye- Miliken) (١).

وفي الأردن لم يأخذ المشرع الأردني بمعيار موطن أو محل إقامة المدعى عليه لإسناد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية في دعوى مقامة على أجنبي في الأردن، بل بالعكس اشترط لذلك أن لا يكون للأجنبي موطن أو محل إقامة في الأردن، وإنما أخذ بمعيار الموطن المختار الذي لا يحتاج إلى التوطن أو الإقامة الفعلية. فتختص المحاكم الأردنية بنظر الدعوى المقامة على الأجنبي الذي لا موطن له في الأردن ولا محل إقامة معتادة إذا كان له فيه موطن مختار، وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية. والمقصود بالموطن المختار هنا هو الموطن الذي يتخذه الأجنبي غير المتوطن وغير المقيم في الأردن لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يحتاج إلى التوطن أو الإقامة الفعلية، كأن يتخذ هذا الأجنبي من مكتب المحامي الذي يوكله في الأردن موطناً مختاراً لجميع الإجراءات القانونية المتعلقة بتجارة له في الأردن أو بدعوى مقامة عليه فيه بما في ذلك تبليغاتها القانونية وإجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى. علماً بأنه لا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة (٢).

ب- معيار موقع المال:

وبمقتضى هذا المعيار يثبت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي بالارتباط الإقليمي لمحاكم الدولة التي يوجد فيها المال موضوع النزاع، سواء أكان منقولاً أم عقاراً، على أساس أن السيادة تقتضي بسط الولاية العامة للمحاكم الوطنية على كل شيء وكل شخص في إقليم الدولة بغض النظر عن جنسية أطراف العلاقة، وإن إخضاع الدعوى لاختصاص المحكمة التي يقع المال في دائرتها القضائية يسهل إجراءات التقاضي ويجعل المحكمة أقدر على حسم الدعوى وسرعة وسهولة إجراء تحقیقاتها القضائية والكشف وتعيين الخبراء والحارس القضائي على المال وحسم النزاع بدون إطالة الوقت وتكبد نفقات زائدة.

وفي الأردن تختص المحاكم الأردنية بنظر الدعوى المقامة على الأجنبي غير المتوطن وغير المقيم في الأردن إذا كانت الدعوى متعلقة بمال منقول أو غير منقول موجود في الأردن، وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية.

(١) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٣٤، والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٥٦ و Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 40.

(٢) انظر المادة (١٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والمادة (٤٢) من القانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ومولفنا - المدخل إلى علم القتون وخاصة الأردني - المرجع السابق - ص ٢٥٦.

ومما يؤخذ على المشرع الأردني انه لم يحدد في النص الوقت الذي يجب أن يوجد المال في الأردن لكي يخضع نزاعه لاختصاص القضاء الأردني، رغم أهمية هذا الموضوع، خاصة بالنسبة للمال المنقول الذي قد يتغير مكان وجوده عدة مرات من وقت نشوء الالتزام به إلى وقت تنفيذ هذا الالتزام. فكان عليه أن يتفادى الخلاف المحتمل ظهوره بشأن هذه المسألة وإن كان الشائع المعمول به هو أن العبرة بوجود المال في الأردن وقت رفع الدعوى للقول باختصاص القضاء الأردني في النزاع المتعلق به. فإن كان المال المنقول موجوداً في الأردن إلا أنه نقل منه إلى الخارج قبل رفع الدعوى، فإن الدعوى تخرج من اختصاص القضاء الأردني. أما إذا كان موجوداً في الأردن وقت رفع الدعوى ونقل منه بعد إقامة الدعوى فيبقى الاختصاص في الدعوى مستمراً للقضاء الأردني.

ج- معيار محل نشوء الالتزام:

وبمقتضى هذا المعيار يثبت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي بالارتباط الإقليمي لمحاكم الدولة التي ينشأ الالتزام في إقليمها، سواء أكان هذا الالتزام متعلقاً بالتصرفات التعاقدية (العقد) أم التصرفات غير التعاقدية (الفعل الضار والفعل النافع) أو لمحاكم محل التنفيذ على أساس يسر تحقيق العدالة وسرعة البت وتحقيق مصلحة الخصوم وتأمين استقرار المعاملات المدنية من دون أي إخلال بالسيادة في الدولة^(١). وقد أخذ المشرع الأردني بهذا المعيار أيضاً في الفقرة الثانية من المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية عندما أعطى الاختصاص فيها للمحاكم الأردنية بنظر الدعوى المقامة على الأجنبي غير المتوطن وغير المقيم في الأردن إذا كانت الدعوى متعلقة بالالتزام نشأ في الأردن أو نفذ فيه، أو كان واجباً تنفيذه فيه حتى لو كان قد تم في الخارج. فهذه الحالة مبنية على أساس فكرة سيادة الدولة على إقليمها ومن وما يوجد فيه من أشخاص وأموال وما يقع فيه من وقائع. وكذلك لأن تنفيذ الأحكام يكون أسهل. وعلى هذا تكون محاكم الأردن ذات اختصاص بمقاضاة الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن في الدعوى المقامة عليه بالأردن إذا كانت متعلقة بالالتزام نشأ في المنطقة الحرة في الزرقاء، باعتبار المنطقة الحرة جزءاً من أراضي الأردن^(٢)، أو في الدعوى المقامة عليه عن عقد تم إبرامه في الخارج واتفق على تنفيذه في الأردن، أو إذا كان الالتزام ناشئاً عن أفعال ضارة أو نافعة وقعت من الأجنبي في الأردن، كذلك الأفعال الضارة التي تسبب المسؤولية التقصيرية لمجرد كون السبب المنشئ للالتزام وهو الفعل الضار قد وقع في الأردن، كسحب شيك بدون رصيد في الأردن على بنك في الخارج^(٣).

د- وتختص المحاكم الأردنية أيضاً بنظر الدعوى المقامة على الأجنبي غير المتوطن وغير المقيم في الأردن وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ- المرجع السابق- ص ٣٥٦.

(٢) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٩٣/١٠٤٣ تمييز حقوقية المنشور في مجلة نقابة المحامين، العدد الأول والثاني. السنة الثالثة والأربعين/ كانون الثاني وشباط/ ١٩٩٥.

(٣) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية - حقوق رقم ١٩٨٦/٤٧٠ المنشور في مجلة نقابة المحامين - العدد السابع والثلاثين ص ٢٠٠٩.

المدنية إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس تم إشهاره في الأردن. أي إذا كان قرار إشهار الإفلاس قد صدر من محكمة أردنية، فإن تلك المحكمة تعتبر مختصة بنظر أي نزاع متعلق بهذا الإفلاس حماية لحقوق الدائنين. ودعوى الإفلاس هي الدعوى المتعلقة بتوقف التاجر المدين عن تسديد أي دين عليه عند حلول أجله مما يترتب على هذا التوقف إعلان المحكمة المختصة إفلاسه وتعيين وكيل للتفليسة يعرف بـ (السنديك)، حيث تنص المادة (٣١٦) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ على اعتبار كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة، في حالة إفلاس.

ويشهر الإفلاس بحكم من محكمة البداية التي يوجد في منطقتها مركز المؤسسة التجارية. فمحكمة البداية الأردنية التي تعلن إشهار الإفلاس تعتبر ذات اختصاص في رؤية جميع الدعاوى التي يكون مصدرها القواعد المختصة بالإفلاس^(١).

هـ- وتختص المحاكم الأردنية أيضاً بنظر الدعوى المقامة على الأجنبي غير المقيم وغير المتوطن في الأردن وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية إذا تعدد المدعى عليهم فيها وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة في الأردن بشرط وحدة موضوع الطلبات وسببها في الدعوى وثبوت الخصومة بصفة أصلية للمدعى عليه الذي له موطن أو محل إقامة في الأردن لا بصفة احتياطية، كما لو كان وكيلاً، وإلا فإنه لا يمكن إلزامه شخصياً بالحكم، أو كما لو أدخل في الدعوى كشخص ثالث لا للحكم عليه بل للإثبات فقط. وهذا يعني إقرار الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأردنية بنظر الدعوى المقامة أصلاً على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الأردن وقت إقامة الدعوى استناداً إلى الولاية القضائية العامة لها على جميع الأشخاص الموجودين في إقليم المملكة الأردنية الهاشمية، خاصة الأجنبي المقيم أو المتوطن في الأردن وقت رفع الدعوى بصراحة المادة (٢٧) واستنتاجاً من المفهوم المخالف لحكم المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية التي عقدت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحاكم الأردنية بنظر الدعوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن.

٢- المعايير الشخصية في ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي:
والمعايير الشخصية في ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي هي المعايير التي مردها الجنسية والقانون الواجب تطبيقه كالاتي:
أ- معيار الجنسية:

وبمقتضى هذا المعيار يثبت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي لمحاكم كل دولة في قضايا وطنيها بصورة عامة، سواء أكانت الدعوى مقامة منهم أم عليهم في الداخل أو في الخارج استناداً إلى مبدأ امتداد اختصاص قضاء كل دولة إلى قضايا رعاياها أينما كانوا كمظهر من مظاهر السيادة، وهذا هو ما أخذ به القانون المدني الفرنسي، حيث يمتنع على القضاء الفرنسي تنفيذ أي حكم قضائي صادر من محاكم الدول الأجنبية في مسائل الأحوال الشخصية للفرنسيين على أساس أن الاختصاص القضائي في الدعوى المقامة على الفرنسي

(١) راجع الفقرتين الأولى والرابعة من المادة (٣١٧) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

يكون للمحاكم الفرنسية حصراً. وينتقد هذا المعيار على أساس أن تطبيقه ممكن في حالة كون أطراف الدعوة من جنسية واحدة ولا يمكن تطبيقه أو يثير تطبيقه مشاكل في حالة كون جنسياتهم مختلفة^(١)، ولهذا لم يأخذ المشرع الأردني بهذا المعيار.

ب- معيار القانون المختص:

وبمقتضى هذا المعيار يثبت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي لمحاكم الدولة التي يتقرر تطبيق قانونها في النزاع المشوب بعنصر أجنبي بأمر من قواعد الإسناد في قانون القاضي. وقد أقر هذا المعيار في مؤتمر لاهاي سنة ١٨٧٥م بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية والالتزامات والأموال غير المنقولة على أساس أن القاضي يستوعب ويفهم قانونه الوطني أكثر من استيعابه وفهمه لقانون أجنبي في المسائل المشار إليها، مما يجب إعطاء الاختصاص القضائي الدولي الأصلي في النزاع لمحاكم نفس الدولة التي يعتبر قانونها مختصاً في حكم النزاع^(٢).

ومما يلاحظ أن هذا المعيار يجابه صعوبات عملية كثيرة. فمثلاً إذا أراد أحد الزوجين الفرنسيين المقيمين في اليابان إقامة دعوى الطلاق على الآخر أمام المحاكم اليابانية، وكان القانون الفرنسي هو الواجب تطبيقه على دعوى الطلاق هذه، يجب اعتبار المحاكم الفرنسية هي المختصة أيضاً بالفصل فيها، مما يؤدي إلى صعوبة التنقل بين اليابان وفرنسا بالإضافة إلى النفقات، ولهذا لم يأخذ المشرع الأردني بهذا المعيار أيضاً.

ثانياً- معيار ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الطارئ:

الاختصاص القضائي الطارئ هو الاختصاص الذي يطراً على المحكمة لظرف طارئ رغم عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي في مسألة فرعية ليست في الأصل من اختصاص محكمة الموضوع المقامة لديها الدعوى الأصلية. وقد عقد المشرع الأردني الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحاكم الأردنية في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي بالخضوع الإرادي والارتباط والإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن في الفقرتين (٢٧ و ٢٨) من المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقوله: (٢)- تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولولم تكن داخلية في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً. ٣- إذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلية في اختصاصها، فإنها تكون مختصة أيضاً بالفصل في المسائل والطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها. كما تختص المحاكم الأردنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية).

وفهم من هذا المعيار أن الاختصاص القضائي الدولي الطارئ ينعقد في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي في الحالات التالية:

أ- الخضوع الإرادي:

وهو قبول (المدعى والمدعى عليه) في الدعوى عن اختيار وإرادة اختصاص قاضي الموضوع ضمناً أو صراحة رغم عدم اختصاصه فيها بالأصل. كما لو حضر المدعى عليه

(١) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 36

(٢) المرجع السابق، ص ٣٦.

مرافعة الدعوى المقامة عليه أمام محكمة غير مختصة أصلاً ودخل في صلب موضوع الدعوى دون الطعن بعدم اختصاصها، فيعتبر ذلك قبولاً ضمناً منه لاختصاصها في رؤية الدعوى.

أما إذا حضر مرافعة الدعوى المقامة عليه أمام المحكمة غير المختصة وأبدى موافقته الصريحة على التراجع أمامها رغم عدم اختصاصها فيها، فيعتبر ذلك قبولاً إرادياً صريحاً منه لاختصاص المحكمة في رؤية الدعوى. وقد أخذت اتفاقية الإقامة والصلاحية العدلية المرتبطة بمعاهدة لوزان عام ١٩٢٣ بهذا المبدأ في المادة (١٦) منها بشرط إبداء المدعي والمدعى عليه موافقتهما على قبول اختصاص المحكمة غير المختصة خطأ. وكذلك أخذت المادة (٤) من قانون حقوق وواجبات الأجانب في تركيا بنفس المبدأ دون اشتراط شكل معين لبيان الموافقة على قبول الاختصاص^(١).

وفي الأردن يثبت الاختصاص القضائي الدولي للطارئ للمحاكم الأردنية وفقاً للفقرة (٢) من المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية في مقاضاة الشخص الأجنبي الطبيعي والمعنوي والفصل في الدعوى ولولم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم الأجنبي ولايتها صراحة أو ضمناً بالنسبة لجميع الدعاوى المدنية والتجارية. ويكون خضوعه الإرادي لولاية المحكمة الأردنية صريحاً إذا تم الاتفاق عليه في العقد الذي أقيمت الدعوى بشأنه. كأن يتم الاتفاق على اختيار المحاكم الأردنية للنظر في أي نزاع محتمل ظهوره في المستقبل من العقد المبرم بين المتعاقدين، وبهذا قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه ما يلي: (حيث أن الفريقين قد اتفقا بمقتضى العقد على أن أي خلاف ناشئ عن هذه البوليصة يجب أن يرفع إلى محاكم البلد الذي يكون للناقل فيه مركز رئيس للعمل، وحيث أن المركز الرئيس لعمل الناقل ليس في عمان، فيكون هذا الاختيار ملزماً للطرفين)^(٢).

فالقرار التمييزي هذا يقر معيار الخضوع الإرادي حتى لو كان لصالح ولاية القضاء الأجنبي لا لصالح ولاية القضاء الأردني.

ويتحقق الخضوع الإرادي الضمني إذا حضر المدعى عليه الأجنبي مرافعة الدعوى المقامة عليه أمام محكمة أردنية غير مختصة دون أن يطعن في عدم اختصاصها عند بدء المرافعة وقبل الدخول في صلب موضوع الدعوى. فسكوته عن عدم اختصاص المحكمة الأردنية بقبول ضمني منه لولايتها. إلا أنه إذا لم يحضر الأجنبي في الدعوى المقامة عليه أمام المحكمة الأردنية غير المختصة رغم دعوته لحضور مرافعتها، فإن امتناعه هذا لا يفيد معنى الخضوع الإرادي والقبول الضمني لإجراء محاكمته غيابياً في الدعوى، بل على المحكمة الأردنية غير المختصة في هذه الحالة أن تحكم بعدم اختصاصها في الدعوى من تلقاء نفسها، وهذا ما تنص عليه المادة (٢٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية بقولها: (إذا لم يحضر المدعى عليه وكانت المحاكم الأردنية غير مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها).

(١) انظر Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, sf. 204.

(٢) انظر القرار التمييزي - حقوق رقم ١٩٨١/٢٨ - المنشور في مجلة نقابة المحامين. السنة ٢٩ - العدد ١٢ - ص ٢٠٢٨.

ب- الارتباط:

وهو ظهور مسألة أولية أو فرعية مرتبطة بموضوع الدعوى الأصلية أثناء جريان مرافعتها أمام المحكمة ويكون الفصل في هذه المسألة الأولية أو الفرعية ضرورياً للحكم في موضوع الدعوى الأصلية، فيثبت الاختصاص القضائي الدولي الطارئ لمحكمة الدعوى الأصلية في البت بالمسألة الأولية أو الفرعية ولو كانت غير داخلية ضمن اختصاصها الأصلي.

فمحكمة موضوع الدعوى الأصلية هي التي تنظر في هذه المسألة الفرعية وتفصل فيها تبعاً للدعوى الأصلية، كما لو كانت المحكمة تنظر في نزاع متعلق بقسمة تركة ودفع أحدهم أثناء المرافعة بكون المتوفى أو أحد الورثة أجنبي الجنسية. فهنا لا بد للمحكمة من أن تنظر في هذا الدفع وتثبت من جنسية المتوفى أو الوارث أولاً قبل إصدار الحكم في تقسيم التركة رغم أنها غير مختصة أصلاً في رؤية دعاوي الجنسية فيما لو عرضت عليها بصورة أصلية^(١). وكذلك تمتد ولاية المحكمة إلى الطلبات الإضافية التي يتقدم بها أطراف الدعوى بصفتها طلبات عارضة تحقيقاً للعدالة.

وفي الأردن تختص المحاكم الأردنية وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية بالبت في المسائل الفرعية أو الأولية والطلبات العارضة المرتبطة بدعوى أصلية داخلية في اختصاصها مقامة على أجنبي أمامها ويقتضي حسن سير العدالة أن تنظر فيها. فإذا أقيمت أمام المحاكم الأردنية دعوى على أجنبي داخلية ضمن اختصاصها وظهرت أثناء المرافعة مسألة أولية أو فرعية لا تدخل ضمن اختصاصها ولكنها مرتبطة بموضوع الدعوى الأصلية، تعتبر المحكمة الأردنية مختصة بالفصل في هذه المسألة الأولية أو الفرعية تبعاً للدعوى الأصلية المرفوعة إليها. لأن حسم الدعوى الأصلية قد يتوقف على الفصل أولاً في المسألة الفرعية أو الأولية التي تثار أثناء المرافعة، كمسألة النظر في تحديد جنسية أحد أطراف الدعوى قبل الولوج في نظر موضوع الدعوى الأصلية.

وكذلك تمتد ولاية المحاكم الأردنية في هذه الحالة إلى الطلبات العارضة التي يتقدم بها أطراف الدعوى وتكون مرتبطة بالدعوى الأصلية ولا بد من البت فيها تحقيقاً للعدالة، كالطلب المتعلق بالفائدة المترتبة على عدم تسديد دين في دعوى المطالبة بأصل مبلغ الدين.

ج- الإجراءات المستعجلة والوقائية:

وهي التدابير والتحفظات الوقائية والإجراءات المستعجلة أو الوقائية التي يتطلبها حفظ الأموال والحقوق، كطلب وضع الحجز الاحتياطي أو تعيين حارس قضائي أو تقدير نفقة مؤقتة مستعجلة. فالمحكمة في كل دولة تختص باتخاذ هذه الإجراءات المستعجلة أو الوقائية رغم أن نظر الدعوى الأصلية ليس من اختصاصها بل من اختصاص محكمة أخرى في نفس الدولة أو في دولة أخرى، وذلك على أساس التعاون القضائي في حماية الأمن المدني. كما لو كانت البضاعة المتنازع عليها قابلة للتلف ولا تتحمل التأخير وطلب

(١) انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية. دراسة مقارنة - المرجع السابق - ص ٢١٩.

إجراء الكشف المستعجل عليها لتحديد كميتها ونوعيتها وحالتها القائمة، أو كما لو طلب وضع الحجز الاحتياطي على أموال المدين قبل إقامة الدعوى الأصلية عليه خوفاً من تهريبها وإخفائها أو التصرف فيها، أو كضرورة تعيين حارس قضائي على أموال المدين المحجوزة... إلخ.

وفي الأردن تختص المحاكم الأردنية بهذه الإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية وفقاً للبند الثاني من الفقرة (٣) من المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية، وذلك بهدف تثبيت حالة يخشى زوال معالمها أو لحفظ مال يخشى تلفه أو تهريبه أو للمحافظة على حق يخشى زواله... إلخ.

الفصل الثاني

الاستثناءات التي ترد على حرية الدولة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها

يعتبر تنظيم الاختصاص القضائي الدولي مسألة متعلقة بالنظام العام لتعلقه بالسيادة. فكل دولة حرة في تنظيم اختصاص محاكمها الوطنية على المستويين الداخلي والدولي دون قبول أي تدخل خارجي من هيئة أو دولة أجنبية، باعتبار أن ذلك من اختصاصها المانع. فلا يمكن أن تخضع أية دولة لأي تدخل خارجي عندما ترسم اختصاص محاكمها الوطنية، ولها أن توسع هذا الاختصاص أو أن تضيقه أو تغيره أو تعدله تبعاً لمصالحها الوطنية ولا ترد على حريتها في ذلك سوى القيود التي ترتضيها هي لنفسها بإرادتها واختيارها في المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تصادق عليها وتلتزم فيها بمنح الحصانة القضائية للدول الأجنبية والهيئات والمنظمات الدولية ورؤساء الدول الأجنبية والبعثات الدبلوماسية الأجنبية وإخراجها من اختصاص قضائها وقوانينها. فما هي هذه القيود وما مدى نطاقها؟ هذا ما سنجيب عليه في المطالب الثلاثة التالية وكالاتي:

المبحث الأول

الإعفاء القضائي الممنوح للدول الأجنبية

الإعفاء القضائي الممنوح للدول الأجنبية قد يكون مطلقاً يمنع مقاضاتها بصورة عامة أو مشروطاً يمنع مقاضاتها نسبياً، وكالاتي:

أولاً- الإعفاء القضائي المطلق الممنوح للدول الأجنبية:

يتضمن الإعفاء القضائي المطلق الممنوح للدول الأجنبية عدم اختصاص محاكم أية دولة في مقاضاة دولة أخرى ذات سيادة بالنسبة للدعاوى التي تقام ضدها، على أساس أن لكل دولة ذات سيادة حصانة دبلوماسية تعفيها مطلقاً من ولاية محاكم الدول الأخرى في جميع نشاطاتها، ويشمل هذا الإعفاء حكومة الدولة وسفنها وطائراتها الحربية والعامة ومؤسساتها العامة ومصالحها وبعثاتها الدبلوماسية ومقراتها في الخارج... إلخ وذلك للأسباب التالية:

١- تتساوى الدول صغيرها وكبيرها في السيادة والاستقلال، فلا تملك محاكم دولة أخرى حق محاكمتها بدون موافقتها احتراماً لسيادتها وعدم جواز خضوعها لسيادة دولة أخرى.

٢- إن الحكم الصادر من محكمة دولة ضد دولة أخرى يتعذر تنفيذه عملياً ويعتبر حبراً على ورق، لأنه لا يحوز قوة التنفيذ في الدولة المحكوم عليها، وعندئذ لا بد من استعمال القوة لتنفيذه، واستعمال القوة يؤدي إلى الحرب وتوتر العلاقات الدولية وتهديد السلم العالمي وتعريض الأمن الدولي للخطر.

٣- لما كان رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء بعثاتها الدبلوماسية يتمتعون بالإعفاء القضائي المطلق بمقتضى العرف الدولي والمجاملة الدولية، فمن باب أولى أن تتمتع الدول ذاتها بهذا الإعفاء.

٤- إن الشخص الذي يتعاقد مع أية دولة يفترض فيه علمه المسبق بتمتع تلك الدولة بالإعفاء القضائي، وبالتالي فإن تعاقدته الإرادي معها يعتبر تنازلاً منه عن حق مقاضاتها عند حصول أي نزاع بينهما^(١).

ومما يلاحظ أن مبدأ الإعفاء القضائي المطلق للدول الأجنبية كان مأخوذاً به في المادة (٦١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الروسي لعام ١٩٦١م وفي قوانين اليابان والفلبين وإنكلترا وبعض دول رابطة الشعوب البريطانية (الكومنولث)، وطبقه القضاء في أغلب الدول، مثل تركيا وبولونيا وفرنسا وسويسرا وبلغاريا وهولندا. ولكن معظم هذه الدول أعادت النظر في موقفها منه وتخلت عنه كما سنرى ذلك.

ففي بولونيا طبقت محكمة النقض البولونية عام ١٩٤٨م مبدأ الإعفاء القضائي المطلق للدول الأجنبية في دعوى أقامها أحد البولنديين على الحكومة البريطانية حول أجور عمل.

وما فتئت محكمة التمييز التركية تأخذ بهذا المبدأ منذ زمن بعيد. فقد طبقته عام ١٩٥٠م في قضية رفعها أحد الأتراك على الحكومة الهندية ممثلة في سفيرها المعتمد في أنقرة وكان موضوع الدعوى لا يتعلق بأعمال السيادة ومع ذلك ردت المحكمة الدعوى لتمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية المطلقة في تركيا^(٢).

وعندما أقام أحد الأتراك عام ١٩٥٥م دعوى المطالبة ببديل إيجار وتعويض عن أضرار حاصلة في المأجور على حكومة تشيلي ممثلة بسفيرها في أنقرة، وجدت محكمة أنقرة الأصلية أن المأجور قد اتخذ كمقر لسفارة تشيلي في أنقرة وأن قواعد القانون الدولي لا تجيز إقامة دعوى في تركيا على دولة أجنبية، لذا قررت رد الدعوى. فميز وكيل المدعي القرار لدى محكمة التمييز التركية التي بدورها قضت - بالأكثرية - بموافقة القرار للقانون. وقد جاء في الرأي المخالف لعضو محكمة التمييز (ان السفير عندما قبل التبليغ بالدعوى وأرسل أحد المحامين وكيله عنه، فإنه يعتبر قابلاً عن اختيار الخصومة في الدعوى ومتنازلاً عن الإعفاء القضائي الممنوح لدولته)^(٣).

وفي قضية أخرى نظرتها المحكمة الأصلية الثانية في أنقرة عام ١٩٦٥م أكدت محكمة التمييز التركية المبدأ المذكور من جديد عندما أقام أحد الأتراك دعوى حقوقية على الحكومة الأمريكية في أنقرة بشأن طلب تعويض عن إخلالها بعقد مبرم بينهما، فردت المحكمة الدعوى لتمتع الحكومة الأمريكية بالحصانة القضائية المطلقة في تركيا. وعندما ميز المدعي قرار المحكمة، قررت محكمة التمييز التركية باتفاق الآراء تصديق القرار، وقد جاء في قرارها ما يلي^(٤): (يستلزم إقامة الدعوى أمام المحاكم التركية على الدول الأجنبية النظر فيما إذا كانت هنالك اتفاقية دولية تجيز ذلك صراحة أم لا. فإذا لم يوجد مثل هذه الاتفاقية ينظر فيما إذا كانت هنالك موافقة صريحة من الدولة الأجنبية المقامة عليها الدعوى بقبول اختصاص المحاكم التركية أم لا. فإن لم يوجد مثل هذه الموافقة الصريحة

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 340 ve Prof. Dr. Yilmaz Altug. sf. 51-

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 342.

(٣) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug. sf. 62

(٤) انظر في هذا القرار Prof. Dr. Yilmaz Altug. sf. 66

منها يفصل في الموضوع وفقاً لأحكام القانون الدولي. ولما كانت الوكالة المعطاة من الحكومة الأمريكية للمحامي التركي (ي) لا تتضمن الموافقة الصريحة للحكومة الأمريكية بالتنازل عن الإعفاء القضائي الذي تتمتع به، فلا يمكن تفسير مجرد توكيل المحامي بأنه تنازل من الحكومة الأمريكية عن حصانتها القضائية في الدعوى دون ثبوت أدلة أخرى تفيد هذا التنازل. ولما كانت حصانة الدول الأجنبية تقتضي عدم جواز مقاضاة دولة أجنبية أمام المحاكم التركية إلا في القضايا المتعلقة بالأموال غير المنقولة الكائنة في تركيا، لذا تقرر رد الدعوى استناداً إلى أحكام القانون الدولي).

وفي الأردن قررت محكمة العدل العليا عدم سماع دعوى أقيمت على السفارة الجزائرية في عمان لعدم الاختصاص على أساس ان السفارة متمتعة بالحصانة القضائية^(١).
ثانياً - الإعفاء القضائي النسبي المشروط الممنوح للدول الأجنبية:

يرى جانب من الفقه الحديث ضرورة التمييز بين شخصية الدولة المدنية وشخصيتها السياسية بالنسبة لموضوع تتمتعها بالإعفاء القضائي من اختصاص محاكم الدول الأخرى، وبالتالي التفرقة بين نوعين من الأعمال التي تقوم بها الدولة: أعمال سيادية وأعمال عادية غير سيادية.

فالدولة عند قيامها بأعمال سيادية استناداً إلى شخصيتها السياسية تكون مشمولة بالإعفاء القضائي، كما لو تعاقد السفير الأردني باسم حكومة المملكة الأردنية الهاشمية مع شركة في إنكلترا لبناء سفينة حربية.

أما عند قيام الدولة بأعمال عادية غير سيادية استناداً إلى شخصيتها المدنية، كما لو تعاقدت الحكومة الأردنية مع شركة أمريكية لاستيراد كمية من الرز لأغراض الترميم في الأردن، فلا تكون مشمولة بالإعفاء القضائي. وقد ساق أنصار هذا الرأي الأسباب المبررة لتأكيد وجهة نظرهم من جهة ولرد بها على مبررات أنصار الإعفاء القضائي المطلق من جهة أخرى. فقالوا:

١- إذا تعاقد أي شخص إرادياً مع دولة أجنبية لا يعد ذلك تنازلاً منه عن حقه في مقاضاة تلك الدولة بافتراض علمه المسبق بالإعفاء القضائي الذي تتمتع به عند إخلالها بالتزاماتها الواردة في العقد، بل بالعكس تعتبر الدولة المتعاقدة معه متنازلة عن الإعفاء القضائي الممنوح لها في هذه الحالة وتجوز مقاضاتها.

٢- إن اعتبار الإعفاء المطلق للبعثات الدبلوماسية ورؤساء الدول الأجنبية من الاختصاص القضائي لمحاكم جميع الدول إعفاءً ضمناً لدول هذه البعثات الدبلوماسية والرؤساء من باب أولى غير صحيح. لأن الإعفاء القضائي المطلق الممنوح للبعثات الدبلوماسية ورؤساء الدول الأجنبية هدفه تمكين هؤلاء من أداء واجباتهم بحرية تامة في التمثيل الدبلوماسي وإقامة علاقات دبلوماسية جيدة وليس شيئاً آخر^(٢).

في الواقع ان الدولة في الوقت الحاضر لم تعد حارسة يقتصر واجبها على حفظ الأمن الداخلي والخارجي وممارسة الأعمال السياسية فقط، بل اتسع نطاق أعمالها بحيث

(١) انظر هذا القرار في مجلة نقابة المحامين، السنة ٢٤ آذار ونيسان ١٩٧٦، ص ٣٣٠ وما بعدها.

(٢) انظر Prof. Dr. Yilamz Altug. sf. 55 ve Prof. Dr. Osman Berki. s.f 34.

شمل نشاطات اقتصادية وتجارية، مثل تسويق محاصيلها الزراعية وإنتاجها الصناعي وعقد صفقات الاستيراد والتصدير، ولهذا لا يمكن أن تبقى كالسابق متمتعة بالإعفاء القضائي المطلق في جميع نشاطاتها.

فمنذ منتصف القرن التاسع عشر قامت الدول ذات النظام الاشتراكي بنشاطات تجارية مختلفة خارج أعمال السيادة والشخصية السياسية، وكانت هذه النشاطات تمارس سابقاً في ظل الدولة الحارسة من قبل القطاع الخاص، مما استلزم إعادة النظر في مبدأ الإعفاء القضائي المطلق الذي تمتعت به الدول في السابق عن طريق التمييز بين نشاطاتها التجارية التي تقوم بها كشخص عادي في نطاق القانون الخاص ونشاطاتها المتعلقة بأعمال السيادة التي تقوم بها باعتبارها صاحبة السيادة في نطاق القانون العام، وإخراج النوع الأول من نشاطها من دائرة الإعفاء القضائي وإبقاء النوع الثاني من نشاطها ضمن دائرة الإعفاء القضائي المطلق كما كان في السابق، حماية لحقوق الأشخاص الذين يتعاقدون مع الدول الأجنبية ذات النشاط التجاري والاقتصادي وعدم حرمانهم من حق مقاضاتها عند استغلالها لمبدأ الإعفاء القضائي المطلق الذي تتمتع به وإخلالها بالتزاماتها في العقود التي تبرمها معهم^(١).

وبمقتضى رأي آخر في تحديد الإعفاء القضائي للدول الأجنبية يجب القياس والتشبيه في وصف النشاط الذي تمارسه الدولة الأجنبية، بحيث إذا كان النشاط الذي تمارسه الدولة في إقليمها وفقاً لقوانينها الداخلية يعتبر من أعمال السيادة ويخرج من اختصاص محاكمها الوطنية مطلقاً، يعامل هذا النشاط حينئذ نفس المعاملة ويخرج من اختصاص المحاكم المحلية في الدول الأخرى أيضاً.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن عدم إمكان النظر في دعاوى تقام على الدولة أمام محاكمها الوطنية عن أعمال السيادة مردده مبدأ الفصل بين السلطات، بينما يستند الإعفاء القضائي الممنوح للدول إلى الحصانة الدبلوماسية لاعتبارات أخرى، مثل العرف الدولي والاتفاقيات الدولية والمجاملة الدولية، ولهذا فإن التشبيه بين الحالتين وقياس إحداهما بالأخرى غير وارد^(٢).

(١) بحث معهد القانون الدولي في اجتماعه الذي عقد بهامبورغ عام ١٨٩٥ هذا الموضوع وأقر اختصاص المحكمة المحلية في مقاضاة الدول الأجنبية استثناء من مبدأ الحصانة الدبلوماسية في الحالات التالية:

- ١- إذا كان النزاع متعلقاً بالحيازة أو الحقوق المبنية الأخرى في الأموال المنقولة أو غير منقولة الموجودة في إقليم دولة المحكمة المحلية.
- ٢- إذا كان النزاع متعلقاً بأعمال تجارية حصلت في إقليم دولة المحكمة المحلية.
- ٣- إذا كان النزاع متعلقاً بالإرث والتركات في دولة المحكمة المحلية.
- ٤- إذا كان النزاع متعلقاً بضرر ناتج عن فعل ضار قامت به الدولة الأجنبية بوصفها شخصاً عادياً في دولة المحكمة المحلية.
- ٥- إذا كانت هناك اتفاقية دولية معقودة تبين ذلك.

٦- إذا قبلت الدولة الأجنبية بموافقتها الصريحة اختصاص المحكمة المحلية في دعوى مقامة عليها بدولة أخرى. (انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 67 ve Prof. Dr. Osman Berki, sf. 332).

(٢) انظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - المرجع السابق - ص ٢٣٨.

موقف القضاء في مختلف الدول من الإعفاء القضائي المشروط:

معظم الدول التي كانت تتبنى مبدأ الإعفاء القضائي المطلق، مثل أمريكا وسويسرا وهولندا وفرنسا واليونان والنمسا وألمانيا والأرجنتين قد عدلت عنه عدا إنكلترا وتركيا وروسيا والدول المنسلخة عن (الاتحاد السوفياتي السابق) وبعض دول رابطة الشعوب البريطانية. ونذكر هنا على سبيل المثال بعض القرارات الصادرة من قضاء مختلف الدول بخصوص هذا العدول:

فمن أهم القضايا التي عدل فيها القضاء الألماني عن الإعفاء القضائي المطلق للدول الأجنبية إلى الإعفاء القضائي المشروط، القضية التي نظرتها الدائرة الثانية للمحكمة الدستورية في ألمانيا الغربية بتاريخ ١٩٦٣/٤/٣٠ والتي تتلخص وقائعها بما يلي:

أقامت شركة ألمانية دعوى على السفارة الإيرانية في ألمانيا أمام إحدى محاكم مقاطعة (كولون) أثير فيها الإعفاء القضائي وأحيلت الدعوى إلى المحكمة الدستورية الاتحادية وقدمت وزارة خارجية ألمانيا الغربية مذكرة إلى المحكمة مؤيدة وجهة نظر السفارة الإيرانية في تمتعها بالحصانة الدبلوماسية وقالت فيها: (ان الحصانة ضرورية لأجل تسهيل مهمة السفارة وان المسألة تتعلق بسيادة الدولة الإيرانية لأن القضية متعلقة بنشاطها).

إلا أن المحكمة بينت بأنه لا توجد قاعدة عامة في القانون الدولي بشأن الحصانة الدبلوماسية للدول الأجنبية في الدعاوى المتعلقة بنشاط عادي لا علاقة له بالسيادة، وأن (الإعفاء القضائي المطلق) قد انكمش بعد الحرب العالمية الأولى^(١).

(١) وقد جاء في قرار المحكمة بأنه اتضح لها ما يلي:

- ١- كانت المحاكم الألمانية تعترف بمبدأ الحصانة الدبلوماسية المطلقة إلى عام ١٩٤٥م ثم تراجعت عنه في القضايا غير المتعلقة بأعمال السيادة وحافظت عليه في الأعمال المتعلقة بالسيادة.
- ٢- هذه القاعدة اتبعتها المحاكم البلجيكية والإيطالية والنمساوية والفرنسية واليونانية والمصرية والأردنية منذ نهاية القرن التاسع عشر وذهبت المحاكم السويسرية أيضاً إلى هذا الاتجاه لا سيما في القرار القضائي الصادر منها بتاريخ ١٩٦٠/٢/١.
- ٣- ان الموقف غير متبلور بعد بالنسبة للموضوع في قرارات المحاكم الهولندية والسويدية، غير أن الحكومة السويدية كانت قد أرسلت عام ١٩٢٧ مذكرة إلى لجنة الخبراء في القانون الدولي التابعة لعصبة الأمم تشعرها بأنها مستعدة لمنح الحصانة الدبلوماسية للدول الأجنبية في أعمالها التجارية.
- ٤- وفي كندا يسير الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ الحصانة القضائية المشروطة.
- ٥- ويتضح من دراسة مختلف المعاهدات الدولية الثنائية والجماعية أنه من الممكن القول بأن الحصانة الدبلوماسية لا تمنح للدول الأجنبية إلا في أعمال السيادة لا في الأعمال التجارية والاقتصادية، وهذا ما تنص عليه معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة بين الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا الغربية لعام ١٩٥٤.
- كما ان المعاهدات التي سبق أن عقدتها ألمانيا في عهد الرايخ وفي زمن الجمهورية مع الاتحاد السوفياتي قد نصت صراحة على أن المحاكم الوطنية في الطرفين المتعاقدين لها اختصاص النظر في القضايا المتعلقة بنشاطات الدولة التجارية. ولذلك لا يمكن استنتاج أي رأي يتماشى مع مذكرة وزارة الخارجية الألمانية بخصوص تمتع السفارة الإيرانية بالحصانة الدبلوماسية المنصوص عليها في المادة (١/٣١) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١، لأن هذه المادة تبنت الحصانة الدبلوماسية لأشخاص وليس للدول.
- ٦- ان جهود عصبة الأمم بخصوص تقنين القواعد القانونية الدولية للحصانة الدبلوماسية تؤكد أن هذه الحصانة تمنح فقط للدول في أعمالها التي تقوم بها بصفتها صاحبة السيادة. ←

وكانت فرنسا من الدول التي تتبنى مبدأ الإعفاء القضائي المطلق للدول الأجنبية أمام محاكمها الوطنية ثم عدلت عن ذلك أيضاً، ونذكر على سبيل المثال قرار محكمة النقض الفرنسية لعام ١٨٤٩م الذي صدر في قضية تتلخص وقائعها بما يلي:

تعاقد فرنسيان مع الحكومة الإسبانية لتزويد الجيش الإسباني ببعض المعدات وحصل نزاع بشأن ذلك، فأقاما دعوى المطالبة بمبلغ العقد على الحكومة الإسبانية، وقررت محكمة النقض الفرنسية عدم اختصاص المحاكم الفرنسية في رؤية أية دعوى تقام في فرنسا على دولة أجنبية استناداً إلى مبدأ السيادة، فضلاً عن تعذر تنفيذ الحكم الصادر في مثل هذه الدعوى في الدولة المحكوم عليها. إلا أن محكمة النقض الفرنسية خففت من غلواء هذا المبدأ وقضت في قرار آخر صدر لها عام ١٩٢٩م باختصاص المحاكم الفرنسية في نظر الدعاوى المقامة أمامها على الدول الأجنبية عن أعمالها التجارية^(١).

وأيدت محكمة النقض الإيطالية مبدأ إعفاء الدول الأجنبية عن أعمال السيادة من اختصاص محاكمها الوطنية وعدم إعفائها في أعمالها التجارية منذ صدور قرار منها بذلك عام ١٩٢٦م.

كما أن المحاكم البلجيكية تأخذ بنفس المبدأ منذ عام ١٩١٣م، وهكذا الأمر بالنسبة للمحاكم اليونانية^(٢).

وفي رأينا يجب الأخذ في الأردن بمبدأ الإعفاء القضائي المشروط رغم عدم وجود نص أو مبدأ قضائي يقضي بذلك، بالنظر لشيوع هذا المبدأ دولياً في الوقت الحاضر. هل تتمتع الدول والحكومات غير المعترف بها بالإعفاء القضائي؟

إن القرارات القضائية بخصوص تمتع الدول والحكومات غير المعترف بها بالإعفاء القضائي قليلة جداً ولكنها غير نادرة، فهناك قرار لمحكمة استئناف باريس صادر في ٧ حزيران عام ١٩٦٩م في هذا الموضوع جاء فيه ما يلي:

(لا تتمتع الدولة بالإعفاء القضائي بعد الاعتراف بها وإنما استناداً إلى مبدأ السيادة القائم على وجود نظام في الجماعة يمارس مظاهر هذه السيادة على إقليم معين وخضوع الأفراد الذين يقطنون هذا الإقليم لأوامر هذا النظام. فمثل هذه الجماعة تتمتع بالشخصية القانونية وبالتالي تتمتع بالإعفاء القضائي، سواء اعترفت بها أم لا، وإن عدم حصول

← ٧ - مبدأ الحصانة الدبلوماسية المشروطة تبنتها بحوث جامعة هارفرد في القانون الدولي لعام ١٩٣٢ وجمعية القانون الدولي لعام ١٩٥٢ ومعهد القانون الدولي الفرنسي في عامي ١٩٥٢ و ١٩٥٣.

٨ - النظرية المعاصرة في القانون الدولي تؤيد نظرية الحصانة المشروطة. وبعد إبراز هذه المبررات ناقشت المحكمة في قرارها الفرق بين المسائل الداخلة في نطاق السيادة والمسائل الداخلة في نطاق الأعمال التجارية والاقتصادية وأكدت أن المعيار الحاسم هو طبيعة النشاط الذي تمارسه الدول وليس الغرض أو الباعث على هذا النشاط (لتفاصيل هذا القرار راجع الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٥٩).

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 342.

(٢) انظر Prof. Dr. Faruk Erem, Ceza Hukuku. Genel Hukimler. 5. Basi. Cilt 1. sf. 77.

ve Prof. Dr. Seha L. Meray Savas ve Baris Hukuku - Ankara Universitesi Basimevi- 1967. sf. 8. ومولفنا شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام، دار الطباعة الحديثة،

البصرة/ ١٩٦٩ - ص ٦٩.

الاعتراف بها لا يؤثر في حقيقة وجود كيائها الفعلي، وعليه فإن جمهورية فيتنام الديمقراطية تتمتع بالإعفاء القضائي أمام المحاكم الفرنسية رغم عدم الاعتراف بها^(١).

المبحث الثاني

الإعفاء القضائي الممنوح لرؤساء الدول الأجنبية

لكل دولة السيادة التامة على إقليمها الذي تباشر فيه اختصاصات تكاد تكون مطلقة بمنأى عن أي تدخل خارجي، ومن ذلك اختصاص محاكمها وقوانينها الوطنية في جميع المنازعات والوقائع التي تحصل في إقليمها بغض النظر عن جنسية أطرافها، وهذا ما يسمى بـ (الاختصاص الإقليمي) لقانون وقضاء الدولة. ورغم أن هذا المبدأ كان يطبق في السابق بتشدد زائد، فقد وردت عليه في العصر الحديث عدة استثناءات أخرجت بعض الأشخاص من نطاقه، كالذين تستثنيهم المعاهدات والاتفاقيات الدولية والعرف والقانون الدولي، خاصة رؤساء الدول الأجنبية وأفراد أسرهم وحاشيتهم ملوكاً كانوا أم رؤساء جمهوريات بشرط أن يكونوا على رأس الحكم ويخطر حكام الدولة الأجنبية التي يدخلون إلى إقليمها بوجودهم استناداً إلى مبدأ المجاملة الدولية واحترام سيادة الدول التي يرأسونها. أما إذا كانوا في سفرة تنكرية مثلاً، فلا يثبت لهم هذا الإعفاء القضائي.

فرؤساء الدول الأجنبية يتمتعون بإعفاء قضائي مطلق بحيث إذا ارتكب أحدهم جريمة في إقليم دولة أخرى لا يجوز إلقاء القبض عليه أو التحقيق معه أو تفتيش محل سكناه، بالشروط التي ذكرناها. إلا أن إعفائه من اختصاص القضاء المدني موضع خلاف. حيث يذهب الاتجاه الحديث في بعض الدول إلى أن الإعفاء القضائي في معاملاته الحقوقية غير مطلق بل تجوز مقاضاته عنها أمام المحاكم المحلية في دولة أخرى في الحالات التالية:

- ١- إذا تصرف كشخص عادي في مال غير منقول يملكه في دولة القاضي.
 - ٢- إذا قبل بإرادته وموافقة الصريحة اختصاص المحكمة المحلية في دولة القاضي.
 - ٣- إذا كان طرفاً في دعوى الإرث بدولة القاضي^(٢).
- ووفقاً لاتجاه آخر يتمتع رئيس الدولة الأجنبية بالإعفاء القضائي المطلق بالنسبة للأعمال التي يمارسها بوصفه رئيساً للدولة، كما لو قام بشراء أثاث لمقره الرسمي، ولكن لا يتمتع بهذا الإعفاء إذا قام بشراء أثاث خاص لدار ولده.
- وفي رأينا أن رئيس الدولة يجب أن يتمتع بالإعفاء القضائي المطلق في جميع أعماله احتراماً لسيادة الدولة التي يرأسها وللمحافظة على حسن العلاقات بين الدول، لأن أية إساءة لرئيس دولة أجنبية في دولة أخرى، سوف تؤدي إلى توتر العلاقات بين الدولتين وحصول المقابلة بالمثل وتعريض السلم العالمي والأمن الدولي للخطر.

(١) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 54

(٢) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 68

المبحث الثالث

الإعفاء القضائي الممنوح للبعثات الدبلوماسية والقنصلية

يقر القانون الدولي حصانة دبلوماسية بما فيها (الإعفاء القضائي) للمبعوث الدبلوماسي من اختصاص محاكم وقوانين الدول المعتمد لديها. وهذه الحصانة معترف بها منذ قديم الزمان تشريعاً وفقهاً، كوسيلة لتمكين المبعوث الدبلوماسي من أداء رسالته في إقامة علاقات طيبة بين الدول وصيانة السلم العالمي وتأمين الاستقرار في علاقات الشعوب خدمة للبشرية والأسرة الدولية.

فمن المحال التوصل إلى نتيجة مرضية في العلاقات الدولية إذا ما وقع أي اعتداء على المبعوثين الدبلوماسيين أو إذا تمت إهانتهم أو عرقلة وظائفهم أو تقييدهم أو الضغط والتأثير عليهم أو اعتبارهم أجانباً عاديين شأنهم شأن سائر الأجانب المتواجدين في إقليم الدولة، وذلك لاعتبارات عديدة أهمها:

- ١- تمكين المبعوث الدبلوماسي من مزاولة أعماله بحرية تامة.
- ٢- مبدأ المعاملة بالمثل الواجب اتباعه للمحافظة على العلاقات الطيبة بين الدول المختلفة.
- ٣- مبدأ السيادة المتضمن وجوب احترام كل دولة لسيادة الدول الأخرى.
- ٤- الأهداف السامية المتوخاة من تبادل التمثيل الدبلوماسي بين الدول.
- ٥- مصلحة الأسرة الدولية في ترسيخ العلاقات الجيدة بين أعضائها والمحافظة على السلم العالمي^(١).

فمنذ قديم الزمان يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالرعاية والاحترام في شخصه وأعماله ومراسلاته. إذ أشار (هوميروس) في أشعاره إلى الامتيازات الدبلوماسية أيام الإغريق وبين أنه عندما سافر (منيلوس) و (أوديسوس) إلى طروادة لإعادة الملكة (هيلانة) إلى بلاط زوجها، اقترح (انيماتاخوس) قتلها، فقبيل اقتراحه هذا بالاشتمزاز والامتناع من الحاضرين لتعارضه مع الحصانة الدبلوماسية التي يتمتعان بها.

وفي عهد الرومان كانت الحصانة الدبلوماسية مقررة للسفراء الأجانب بمقتضى التقاليد الرومانية وتشمل هذه الحصانة أعضاء اللجان التي كانت ترافقهم والأشخاص الذين يقومون بخدمتهم، ولكن البريد الدبلوماسي لم يكن مشمولاً بها وغالباً ما كان يتعرض لتفتيش موظفي البريد وفحصهم الدقيق.

إلا أن الرومان كانوا يفرقون في معاملة سفراء الدول الأجنبية. فمثلاً كان على سفراء الدول الصديقة لروما أن يخبروا قاضي تحقيق روما عند اقترابهم من حدود المدينة وأن يقدموا إليه التماساً بدخولها، بينما سفراء الدول الأخرى كانوا يخضعون لإجراءات معقدة وطويلة عند الدخول إلى روما. وكان السفير الذي يرتكب عملاً مخالفاً للقانون الروماني يرسل مخفوراً إلى بلاده لمحاكمته أمام محاكم دولته، ولكن المحاكم الرومانية قبلت إجراء محاكمة أحد أعضاء سفارة (جوجورنا) بتهمة القتل^(٢).

(١) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug. sf. 68

(٢) انظر هارولد نيكولسون - الدبلوماسية عبر العصور - بيروت - ص ٢٠ وما بعدها ومؤلفنا مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثالث - دار الطباعة الحديثة - البصرة / ١٩٦٦ - ص ٣٥ وما بعدها.

واختلف أساس منح الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي باختلاف الزمان. ففي القرون الوسطى كان الدبلوماسي يعتبر ممثلاً شخصياً للسلطان، ولذلك فإن مؤتمر فيينا لعام ١٨١٥ بحث موضوع الحصانة الدبلوماسية للمبعوث الدبلوماسي على هذا الأساس، بينما أساس هذه الحصانة وامتيازاتها في الوقت الحاضر هو (نظرية الوظيفة وتمثيل دولة)، وهذا ما تؤكدته مقدمة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م بقولها: (وان القصد من هذه الامتيازات ليس إفادة الأفراد بل ضمان الأداء الفعال لوظائف البعثات الدبلوماسية بوصفها ممثلة للدول). وفي القانون الأردني يعفى جميع البضائع المستوردة باسم ممثلي الدول الأجنبية والمعدة لاستعمالهم الشخصي أو الرسمي أو لاستعمال أفراد عوائلهم من أي رسم أو تفتيش^(١). لأن الحصانة الدبلوماسية تمتد إلى جميع الأشياء العائدة للمبعوث الدبلوماسي، فلا يجوز التعرض لمنقولاته أو أوراقه ومراسلاته. بينما سبق أن أبلغت الحكومة البريطانية رؤساء البعثات الدبلوماسية في لندن بمنع بعثاتهم اعتباراً من ١٨ نيسان / ١٩٤٤ وحتى إشعار آخر من إرسال أو تلقي البرقيات بغير اللغة الاعتيادية المستعملة من قبل البعثة الدبلوماسية، وبأنها لا تضمن عدم خضوع الحقائق الدبلوماسية للمراقبة باستثناء ما يخص بعثات أمريكا والاتحاد السوفياتي وبلاد الدومينيون^(٢).

وتمتد الحصانة الدبلوماسية إلى دار السفارة، فلا يجوز اقتحامها وتفتيشها واتخاذ إجراءات بوليسية فيها من قبل سلطات الدولة المعتمدة لديها السفارة. وهكذا الأمر بالنسبة إلى جميع الأبنية الأخرى المستعملة لأغراض أعمال البعثة الدبلوماسية، كمكتب الملحق العسكري أو الثقافي ... إلخ.

وعند حصول لجوء إلى دار السفارة لا يجوز استعمال القوة لإخراجه منها. وقد وقعت حوادث كثيرة من هذا القبيل قديماً وحديثاً، كإيواء السفارة البريطانية في مدريد لوزير خارجية إسبانيا عام ١٧٢٦م، وعندما طلبت الحكومة الإسبانية تسليمه ورفضت السفارة البريطانية ذلك، طوقت قوات إسبانية دار السفارة تمهيداً لاقتحامها، فاحتجت الحكومة البريطانية وطلبت من الحكومة الإسبانية تقديم الاعتذار. وعندما امتنعت الحكومة الإسبانية عن تقديم هذا الاعتذار، أعلنت بريطانيا الحرب عليها^(٣).

ومن الأمثلة الأخرى نذكر إيواء السفارة البريطانية في (بخارست) لرئيس وزراء رومانيا الجنرال (راديسكو)، وإيواء المفوضية التركية في (بودابست) لرئيس وزراء المجر (دي كالي) عام ١٩٤٩م وإيواء السفارة التركية في (دمشق) لرئيس وزراء سوريا (خالد العظم) عام ١٩٦٢م^(٤)، وإيواء السفارة الفرنسية في (بيروت) للرئيس اللبناني العماد (ميشال عون) عام ١٩٩٠م.

ومن أهم امتيازات الحصانة الدبلوماسية التي تهمنا هنا بالنسبة للبعثات الدبلوماسية هو (الإعفاء القضائي) من اختصاص محاكم الدولة الأجنبية المعتمدة لديها، وهذا الإعفاء مطلق بالنسبة للاختصاص التشريعي والقضائي الجنائي، بحيث لا يجوز توقيف المبعوث الدبلوماسي أو تفتيشه أو تفتيش مقره ومسكنه أو إجراء محاكمته.

(١) انظر المادة (٧٩) من قانون الجمارك والمكوس رقم ١ لسنة ١٩٦٢م.

(٢) انظر مؤلفنا - مبادئ العلوم السياسية الجزء الثالث - المرجع السابق - ص ٣٦.

(٣) المرجع السابق - ص ٣٧.

(٤) المرجع السابق - ص ٣٧.

فإذا ارتكب أي فعل مخالف لأحكام قانون العقوبات أو أي قانون جزائي آخر لا يحاكم ولا يعاقب ضمن الاختصاص التشريعي والقضائي للدولة المبعوث لديها، بل قد يحاكم ويعاقب بمقتضى قانونه الوطني وأمام محاكم دولته، وهذا ما تنص عليه المادة (١١) من قانون العقوبات الأردني بقولها: (لا تسري أحكام هذا القانون على الجرائم التي يرتكبها في المملكة موظفو السلك الخارجي والقناصل الأجانب ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم أيها القانون الدولي العام).

وأكدت اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة عام ١٩٦١م والمصادق عليها من قبل المملكة الأردنية الهاشمية هذه الحصانة الدبلوماسية المطلقة فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الجنائي في المادة (١/٣١) منها بقولها: (١- يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها، وكذلك فيما يتعلق...).

وتنص المادة (٤/٣١) من الاتفاقية على أن: (تمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية في الدولة المعتمد لديها لا يعفيه من قضاء دولته)، وهذا ما تنص عليه أيضاً المادة (٣/١٠) من قانون العقوبات الأردني بقولها: (تسري أحكام هذا القانون على الجرائم التي يرتكبها خارج المملكة موظفو السلك الخارجي الأردنيون ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم أيها القانون الدولي العام).

وعليه إذا وقع أي فعل مخالف لأحكام القانون الجنائي من المبعوث الدبلوماسي الأجنبي لا يتخذ ضده أي إجراء بل تكتفي حكومة الدولة المبعوث لديها بإخبار حكومة دولته لسحبه وإجراء محاكمته أو أن تطلب منه مباشرة مغادرة إقليمها، وهذا ما حصل عندما اُتهم السفير الإسباني في بريطانيا بالتآمر على خلع الملكة إليزابيث عام ١٩٥٨م ولم تتخذ الحكومة البريطانية أية إجراءات ضده، بل أمرته بمغادرة إنكلترا.

وعندما ارتكب الملحق العسكري الألماني في الولايات المتحدة الأمريكية عدة جرائم عام ١٩١٦م لم تتخذ حكومة الولايات المتحدة الأمريكية أية إجراءات ضده، بل اكتفت بالطلب من حكومة دولته سحبه وإجراء محاكمته.

ويشمل الإعفاء القضائي الجنائي المطلق الذي يتمتع به المبعوث الدبلوماسي عدم جواز استقدمه كشاهد إثبات أو دفاع أمام المحاكم الجنائية في الدولة المبعوث لديها. ففي حادثة قتل وقعت عام ١٨٥٦م كان وزير هولندا المفوض في واشنطن قد شاهد ارتكاب الجريمة وطلبت منه وزارة الخارجية الأمريكية الحضور أمام المحكمة للإدلاء بشهادته، فرفض وأيده في هذا الرفض عميد الهيئة الدبلوماسية الأجنبية في أمريكا. وهنا طلبت الحكومة الأمريكية من الحكومة الهولندية الموافقة على حضوره أمام المحكمة المختصة للإدلاء بشهادته عن الحادث، فوافقت الحكومة الهولندية على ذلك ولكن بشرط إدلاء هذه الشهادة تحريراً لا شفويّاً أمام المحكمة. ولما كان أداء الشهادة بهذه الصورة لا قيمة قانونية له في القضايا الجنائية لدى القضاء الأمريكي، فقد اضطرت الحكومة الأمريكية إلى طلب سحبه من الحكومة الهولندية باعتباره شخصاً غير مرغوب فيه^(١).

(١) انظر مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٣٩ والدكتور فاضل زكي محمد - الدبلوماسية في النظرية والتطبيق - بغداد / ١٩٧٠ - ص ١٥٦ والدكتور محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الخامسة - القاهرة ١٩٦٠ - ص ٧٤.

علماً أن المادة (٢/٣١) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م تنص على أن: (يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالإعفاء من أداء الشهادة). كما لا يجوز إجراء التبليغات القضائية في القضايا الجنائية للمبعوث الدبلوماسي. فمثلاً جاء في قرار لمحكمة التمييز التركية عام ١٩٤٧م في قضية أقيمت على السفير البريطاني في أنقرة: (لا يجوز تبليغ سفراء الدول الأجنبية في تركيا بالحضور أمام المحاكم التركية)^(١).

أما بالنسبة للإعفاء من الاختصاص القضائي المدني للمبعوث الدبلوماسي، فإنه يتمتع به مطلقاً في أعماله الرسمية المتعلقة بأداء وظيفته، ومشروطاً في أعماله الشخصية الخاصة.

فالقاعدة العامة هي تمتع المبعوث الدبلوماسي بالإعفاء من الاختصاص القضائي المدني ولكن لا يكون هذا الإعفاء مطلقاً بل ترد عليه استثناءات، وهذا ما تؤكدته المادة (١/٣١) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١م بقولها: (١- يتمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء الجنائي للدولة المعتمد لديها، وكذلك فيما يتعلق بقضائها المدني والإداري إلا في الحالات التالية:

- أ- الدعاوي العينية المتعلقة بالأموال العقارية الخاصة الكائنة في إقليم الدولة المعتمد لديها، ما لم تكن حيازته لها بالنيابة عن دولته لاستخدامها في أغراض البعثة.
- ب- الدعاوي المتعلقة بالإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه منفذاً أو مديراً أو إدارياً أو موصياً له؟ وذلك بالأصلالة عن نفسه لا بالنيابة عن دولته..
- ج- الدعاوي المتعلقة بأي نشاط مهني أو تجاري يمارسه في الدولة المعتمد لديها خارج وظائفه الرسمية).

وبمقتضى المادة (٣٢) من الاتفاقية المذكورة يجوز لدولة المبعوث الدبلوماسي أن تتنازل عن الحصانة القضائية التي يتمتع بها مبعوثها الدبلوماسي على أن يكون هذا التنازل صريحاً^(٢). وكذلك يجوز للمبعوث الدبلوماسي نفسه أن يتنازل عن حصانته القضائية المدنية بموافقة حكومته أو بدون موافقتها على أن يكون هذا التنازل صريحاً أيضاً، كما لو أقام المبعوث الدبلوماسي المتمتع بالحصانة القضائية الدعوى أمام إحدى محاكم الدولة المبعوث لديها. ففي هذه الحالة لا يجوز له الاحتجاج بالحصانة القضائية بالنسبة لأي طلب عارض متقابل يترتب على الدعوى التي أقامها^(٣)، أو كما لو قبل التبليغ بالدعوتية الموجهة إليه لحضور مرافعة الدعوى في اليوم المعين وحضوره المرافعة فعلاً وإبداء موافقته تحريرياً بورقة أو بالمحضر على قبول اختصاص محكمة الموضوع في الدولة المبعوث لديها.

(١) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 63

(٢) تنص المادة (٣٢) المذكورة على أن: (١- يجوز لدولة المبعوث الدبلوماسي أن تتنازل عن الحصانة القضائية التي يتمتع بها المبعوثون الدبلوماسيون. ٢- يكون التنازل صريحاً في جميع الأحوال).

(٣) انظر الفقرة (٣) من المادة (٣٢) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م.

فمثلاً أقام سكرتير السفارة الروسية في ألمانيا دعوى في برلين ضد أحد الرعايا الألمان حول ملكية سيارة مبدياً استعداده لدفع ما تبقى عليه من أقساط وسمحت المحكمة للمواطن الألماني المدعى عليه بإقامة دعوى متقابلة عليه تمسك فيها بنفاذ المدة للتسديد^(١). أما إذا كان التنازل ضمنياً فلا يؤدي إلى حرمانه من حصانته القضائية، كما لو استفسر هاتفياً أو تحريراً من محكمة الموضوع عن موعد مراعاة الدعوى المقامة عليه أو أرسل أحد المحامين وكيلاً عنه بوكالة رسمية إلى محكمة الموضوع للإطلاع على أوراق الدعوى... إلخ.

وبحسب المادة (٤/٣٢) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، فإن التنازل عن الحصانة القضائية بالنسبة إلى أية دعوى مدنية أو إدارية لا ينطوي على التنازل عن الحصانة القضائية بالنسبة إلى تنفيذ الحكم، بل لا بد من تنازل مستقل في هذه الحالة.

وتجدر الإشارة إلى أن الحصانة الدبلوماسية لا تسري بالنسبة للمبعوث الدبلوماسي إلا في حدود الدولة المبعوث لديها. فهو لا يتمتع بهذه الحصانة في دولة أخرى غير الدولة المعتمد لديها ولو كان ماراً بها^(٢).

المبحث الرابع

الأشخاص الذين تثبت لهم الحصانة القضائية

يشمل الإعفاء القضائي للمبعوث الدبلوماسي من اختصاص محاكم الدولة المبعوث لديها بحسب اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م الأشخاص التالي ذكرهم^(٣):

أولاً- الممثل الدبلوماسي من جميع الرتب. كرئيس البعثة الدبلوماسية وجميع الأشخاص الذين يتألف منهم الجهاز الرسمي للبعثة الدبلوماسية، مثل المستشار والملحق... إلخ.

(١) انظر مؤلفنا- المرجع السابق- ص ٣٨.

(٢) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ- المرجع السابق- ص ٣٦٤.

(٣) كان معهد القانون الدولي قد أقر في اجتماعه الذي عقد بكمبريدج عام ١٨٩٥م هذه الحصانة لهؤلاء الأشخاص:

- ١- الممثل الدبلوماسي من جميع الرتب.
 - ٢- جميع الأشخاص الذين يتألف منهم الجهاز الرسمي للبعثة الدبلوماسية.
 - ٣- جميع الأشخاص الذين يتألف منهم الجهاز غير الرسمي للبعثة الدبلوماسية على أن لا يتمتعوا بهذه الحصانة إذا كانوا مواطنين من الدولة المعتمدة لديها البعثة إلا داخل دار البعثة.
- أما اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م فقد حددت في المادة (٣٧) منها الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية كالآتي:
- أ- رئيس البعثة الدبلوماسية وكل عضو في البعثة يتمتع بصفة مبعوث دبلوماسي وأفراد أسرته من أهل بيته.
 - ب- موظفو البعثة الإداريون والفنيون وأفراد أسرهم من أهل بيته على أن لا يكونوا من مواطني الدولة المعتمدة لديها البعثة الدبلوماسية أو المقيمين فيها بصورة دائمة.
 - ج- مستخدمو البعثة الذين ليسوا من مواطني الدولة المعتمدة لديها البعثة الدبلوماسية بالنسبة لأعمالهم التي يقومون بها أثناء وظائفهم الرسمية.
 - د- الخدم الخاصون العاملون لدى أفراد البعثة إن لم يكونوا من مواطني الدولة المعتمدة لديها البعثة الدبلوماسية.

فهؤلاء الأعضاء الرسميون في جهاز البعثة تقوم حكومة دولتهم بإبلاغ أسمائهم إلى وزارة الخارجية في الدولة الأجنبية التي يعتمدون لديها. وكذلك يتمتع بنفس الحصانة أفراد أسرهم من أهل بيتهم، مثل الزوجة والأولاد والأقارب الذين يعيشون معهم تحت سقف واحد ويقومون بإعالتهم. فمثلاً قبل إبرام اتفاقية فيينا سبق أن اتهم ابن القائم بالأعمال التشيلي في بلجيكا عام ١٩٠٦م بقتل سكرتير المفوضية التشيلية، إلا أن السلطات البلجيكية لم تلق القبض عليه ولم تتخذ أية إجراءات ضده إلا بعد تنازل والده الدبلوماسي عن حصانة ولده وموافقة حكومة دولته^(١).

كما سبق أن ذهبت محكمة النقض المصرية عام ١٩٥٣م إلى أن رجال السلك الدبلوماسي وزوجاتهم وأولادهم وأقاربهم الذين يعيشون معهم تحت سقف واحد يتمتعون بحصانة دبلوماسية تمنع إكراههم على الحضور أمام القضاء للإدلاء بالشهادة في واقعة جنائية أو مدنية، وبالتالي لا يرتكبون جريمة الامتناع عن الحضور وأداء الشهادة.

ثانياً - موظفو البعثة الدبلوماسية الإداريون والفنيون وأفراد أسرهم: كالكتبة والمترجمين والموظف المالي والمختزلين والسعاة ومصلح الهواتف وحامل الحقيبة الدبلوماسية وموظف الاستعلامات... إلخ، بشرط أن لا يكونوا من مواطني الدولة المعتمدة لديها البعثة الدبلوماسية أو ممن يقيمون فيها بصورة دائمة.

ثالثاً - أفراد الحاشية الرسمية للبعثة الدبلوماسية: حيث يقر العرف واتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة ١٩٦١م مبدأ تمتع الحاشية الرسمية للبعثة الدبلوماسية وأفراد أسرهم بالحصانة القضائية إذا كانوا من مواطني دولة البعثة الدبلوماسية بالنسبة لأعمالهم التي يقومون بها أثناء أداء وظائفهم الرسمية، كالحارس والسائق والبستاني والطباخ والخادم. وحتى قبل إبرام هذه الاتفاقية وعلى أساس المجاملة والعرف، سبق أن امتنعت محكمة جزاء برلين عام ١٨٩٩م عن النظر في قضية جزائية كان المتهم فيها خادم السفارة الإسبانية وكان من الجنسية الفرنسية على أساس تمتعه بالحصانة القضائية، وعندما فصلت السفارة الإسبانية هذا الخادم من الخدمة وافقت محكمة استئناف برلين على إجراء محاكمته^(٢).

وإذا كانوا من مواطني نفس الدولة المعتمدة لديها البعثة الدبلوماسية أو ممن يقيمون فيها بصورة دائمة، فلا يتمتعون بأي نوع من الحصانة القضائية.

أما أفراد الحاشية غير الرسمية الذين يعملون لدى أعضاء البعثة الدبلوماسية، كالخادم الخاص والمربية الخاصة والطبيب الخاص والسائق الخاص والحارس الخاص، فلا يتمتعون بالحصانة القضائية، سواء أكانوا من مواطني دولة البعثة الدبلوماسية أم من مواطني الدولة المعتمدة لديها البعثة الدبلوماسية كقاعدة عامة. ومع ذلك فقد تعترف تشريعات بعض الدول بجزء يسير من الامتيازات لهؤلاء إذا لم يكونوا من مواطني الدولة

(١) انظر الدكتور فاضل محمد زكي - المرجع السابق - ص ١٥٦.

(٢) انظر مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٤٠.

المعتمدة لديها البعثة الدبلوماسية أو ممن يقيمون فيها بصورة دائمة، كعدم التعرض لأموالهم المنقولة أو عدم جواز تفتيشهم على أساس المعاملة بالمثل والمجاملة الولية.

فمثلاً لا تعترف حكومات دول تركيا وروسيا وإيطاليا بأي شكل من أشكال الحصانة القضائية للحاشية غير الرسمية، بينما تعترف المملكة الأردنية الهاشمية ودول أمريكا وألمانيا وسويسرا والدنمارك وبلجيكا وهولندا والسويد وبولندا بجزء يسير من أشكال الحصانة القضائية لها إذا لم يكونوا من مواطنيها أو ممن يقيمون في إقليمها بصورة دائمة.

رابعاً - القناصل^(١):

بالإضافة إلى المبعوث الدبلوماسي هناك القنصل الذي تعتبر وظيفته أضيق نطاقاً من وظيفة المبعوث الدبلوماسي، لأنه يهتم بالمسائل التجارية والأحوال الشخصية مما يجعله أقل تمتعاً بالحصانة الدبلوماسية من المبعوث الدبلوماسي، ولكنه في نفس الوقت يقوم بأعمال تتطلب تمتعه بالحرية في أداء وظيفته، وبالتالي يجب منحه الإعفاء القضائي في أعماله الرسمية التي يؤديها في الدولة المعتمد لديها بهدف تنمية ورعاية المصالح غير السياسية. فهو لا يعتبر من السلك الدبلوماسي ولكنه يرتبط عادة برئيس البعثة الدبلوماسية لدولته في الدولة المعتمد لديها^(٢).

وقديماً كانت الآراء مختلفة حول طبيعة السلك القنصلي. فبينما كانت بعض الدول تعتبر السلك الدبلوماسي مستقلاً قائماً بذاته، كانت بعض الدول قد أدمجته بالسلك الخارجي، كما حصل في إنكلترا والعراق عام ١٩٤٣م عندما أدمج فيهما السلك القنصلي بالسلك الخارجي تحت اسم (سلك الخدمة الخارجي).

وكانت المحاولات الدولية لتقنين أحكام الحصانة القضائية للقنصل قليلة، إلى أن عقدت اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية عام ١٩٦٣م وأقرت المبدأ القاضي بأن الموافقة على

(١) لقد استحدث الإغريق أيام دول المدن اليونانية (٣٣١ - ١٦٣) قبل الميلاد منصب القنصل (البروكسنوس) كما كانوا يسمونه، وكان يعتبر القنصل مواطناً في المدينة التي يقيم فيها ويسهر على مصالحها، وكانت وظيفة القنصل منصباً محترماً يسعى للظفر به الكثير من الشخصيات البارزة، ثم أصبح هذا المنصب وراثياً وأصبح من واجباته أيضاً إجراء المفاوضات وتخفيف الحزازات بين المدن.

وفي الحقبة الأولى من العهد الروماني (عهد الجمهورية الرومانية) تخلصت روما من حكم الملوك (الأتروسكيين) بواسطة النبلاء الرومان (الباتريش) الذين تولوا زمام الحكم فيها دون أن يتولى أحدهم منصب الرئاسة، وإتما وافقوا على أن ينتخب اثنان منهم يسميان (القنصلين) لرئاسة الدولة، وكان انتخابهما يتم في كل عام من قبل مجمع يضم كافة القادرين على حمل السلاح، ثم انتقل منصب القنصل بهذا المفهوم إلى فرنسا في عهد الجمهورية الأولى، فكان نابليون بونابرت أول قنصل للدولة الفرنسية إلى أن ألغى هذا المنصب فيما بعد وأصبح يطلق اصطلاح القنصل على الشخص الذي كان التجار يختارونه في دول أوروبا للفصل في المشاكل التي تحدث بينهم حول المصالح التجارية. ثم انتقل هذا المفهوم إلى الشرق عقب الحروب الصليبية. وظهر نظام القناصل المبعوثين بعد قيام الدولة الحديثة، وتطور في أوائل القرن التاسع عشر تبعاً لتطور العلاقات الاقتصادية بين دول العالم وسهولة المواصلات أمام التجارة الدولية. فالقنصل يقوم برعاية وتنمية المصالح التجارية، مثل تزويد الشركات التجارية بالمعلومات وتصديق شهادات المنشأ للبضائع الأجنبية والاتصال برجال الأعمال والغرف التجارية ورعاية مصالح المواطنين لدولته في الدولة المعتمد لديها وأموالهم وتركاتهم وتمديد وتجديد جوازات سفرهم ومنح تأشيرة الدخول للأجانب للسفر إلى دولته وتصديق شهادات الوفاة والولادة والزواج والوكالات ... إلخ. (انظر مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٤٦ وظه باقر - مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة. القسم الثاني - بغداد / ١٩٥٦ - ص ٦٥٦ وما بعدها).

(٢) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٥٦٣.

تأسيس العلاقات الدبلوماسية بين دولتين تعني ضمناً الموافقة على تأسيس العلاقات القنصلية ما لم يذكر خلاف ذلك^(١).

كما أقرت الاتفاقية مبدأ احترام القنصل وحمايته ومنع اتخاذ أي إجراء ضد شخصه وحرية وكرامته، وضرورة تمتعه بالإعفاء القضائي من اختصاص المحاكم المدنية والإدارية بالنسبة لأعماله التي لها علاقة بوظيفته الرسمية، وعدم جواز توقيفه أو حجزه رهن التحقيق. إلا أن الاتفاقية أجازت استدعاء القنصل من قبل المحكمة المدنية والجنائية للإدلاء بالشهادة كشاهد إثبات أو دفاع بخلاف المبعوث الدبلوماسي، ولكن بشرط عدم استعمال وسائل القسر والعنف ضده في حالة امتناعه عن الحضور. لأن له الحق في أن يرفض أداء الشهادة، خاصة إذا كانت بصدد أعمال وظيفته. وأجازت أيضاً أخذ الشهادة منه شفويًا أو تحريرياً في بيته أو في مكتبه^(٢).

كما يعفى القنصل من الرسوم الجمركية والضرائب والأجور عدا أجور الخزن والنقل والخدمات المماثلة، ومن تفتيش أمتعته الشخصية التي يجلبها معه هو وأفراد عائلته. وتتمتع دار القنصلية ومحتوياتها الرسمية بالحصانة الدبلوماسية، فتكون لها حرمة بحيث لا يجوز اقتحامها أو تفتيشها من قبل السلطات المحلية، ولا تخضع مراسلات ومخابرات القنصلية مع حكومة دولتها لأية رقابة. وهذه المبادئ كانت مستقرة عرفاً في العلاقات الدولية قبل إبرام اتفاقية فيينا. فمثلاً عندما طلبت الحكومة التركية من القنصل الأمريكي في أزمير عام ١٩١٤م السماح لها بفتح البريد الرسمي للقنصلية احتجت وزارة الخارجية الأمريكية على هذا الخرق لقواعد القانون الدولي مما جعلت الحكومة التركية تتراجع عن موقفها^(٣).

ولكن خلافاً لما هو مقرر للمبعوث الدبلوماسي، فقد لا يشارك القنصل في بعض امتيازاته المتقدمة أفراد أسرته أو حاشيته، بل يخضعون لكل ما يخضع له الأشخاص العاديون من الأجانب الموجودين في إقليم الدولة المستقبلة من اختصاص تشريعي وقضائي^(٤).

كما لا يتمتع القنصل بالحصانة وفقاً للاتفاقية في الأحوال التالية ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة أو نص تشريعي خاص بخلاف ذلك^(٥)؛

- ١- العقد الذي يبرمه القنصل بصفته الشخصية.
- ٢- طلبات أو دفع الشخص الثالث بخصوص التعويضات الناتجة عن حوادث السير.
- ٣- ما تقضي به أحكام القانون المحلي بخصوص التأمين لمصلحة الشخص الثالث^(٦).

(١) انظر المادة الثانية من الاتفاقية.

(٢) انظر المادة (٤١) من الاتفاقية.

(٣) انظر مؤلفنا- المرجع السابق- ص ٤٨.

(٤) انظر الدكتور علي صادق أبو هيف- القانون الدولي العام- الطبعة الخامسة، القاهرة ١٩٥٩- ص ٤٥٧.

(٥) ومثال ذلك الفقرة الأولى من المادة (١١) من اتفاقية مونرو التي عقدت بين مصر وحكومات الدول ذات الامتيازات في مصر.

(٦) انظر المادة (٥٦) من الاتفاقية والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ- المرجع السابق- ص ٣٦٥.

فمثلاً قبل إبرام اتفاقية فيينا سبق أن ألقت السلطات الأمريكية المختصة القبض على القنصل العام الروسي في فيلادلفيا عام ١٨١٥م بتهمة اعتدائه عنوة على عفاف خادمتها البالغة من العمر ١٢ عاماً وحكمت عليه المحكمة بغرامة قدرها (٥٠٠) دولار كتعويض عن الأضرار التي أصابت الخادمة وعن المدة التي بقيت فيها بدون عمل.

وفي عام ١٨٩٣م عندما نقل قنصل أمريكا في النمسا ترك وراءه بعض الديون، فأقام دائن من النمسا دعوى ضده وحصل على قرار من المحكمة المختصة بحجز ما تبقى من أمتعته، فرفض خلفه تسليم هذه الأمتعة واحتجت الحكومة النمساوية مبينة في احتجاجها أن الأموال المنقولة للقنصل غير مشمولة بالحصانة لا من الناحية القانونية ولا في المعاهدة المعقودة بين الدولتين، فاضطرت الحكومة الأمريكية إلى الموافقة على إيقاع الحجز واستيفاء دين الدائن من تلك الأموال^(١).

حصانة القنصل الفخري:

وعالجت اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٣م حالة القنصل الفخري (Honory Consul) وهو الذي تختاره الدولة المرسله من مواطني الدولة المستقبلة أو من رعايا دولة أجنبية أخرى ليكون قنصلاً فخرياً لها دون دفع راتب له، وإنما تدفع له نفقات تمشية أعمال القنصلية، كبذل إيجار دار القنصلية وأثمان القرطاسية والبريد والهاتف والكهرباء وأجور الحارس... إلخ. ويجوز له الاشتغال في أعمال خاصة، كالتجارة والمحاماة والمهن الحرة الأخرى. فهو لا يتمتع في هذه الأعمال الخاصة بالإعفاء القضائي أو التشريعي ولا يعفى من الرسوم والضرائب المترتبة عليها، ولكن دار القنصلية والمباني المستعملة لأغراض القنصلية تتمتع بالحصانة بصرف النظر عن مالكيها، وتعفى من الضرائب والرسوم إذا كانت مملوكة للدولة المرسله^(٢).

وعند تغير نظام الحكم في الدولة المستقبلة لا بد من تجديد براءة قبول القنصل^(٣)، ولكن أمر هذا التجديد يختلف من دولة إلى أخرى. فمثلاً عندما تغير نظام الحكم في روسيا عام ١٩١٧م أغلق القنصل الأمريكي في روسيا القنصلية الأمريكية هناك بناء على طلب السلطات الروسية، وتبليغه بعدم الاعتراف له بأية صفة رسمية ما لم تصدر له براءة جديدة خلال ثلاثة أشهر.

خامساً - المنظمات الدولية وبعثاتها الدبلوماسية:

وتتمتع المنظمات الدولية والإقليمية وبعثاتها الدبلوماسية بالإعفاء التشريعي والقضائي فيها تبعاً لتمتعها بالحصانة الدبلوماسية، كهيئة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة (الوكالة الدولية للطاقة الذرية، ومنظمة العمل الدولية، ومنظمة التغذية

(١) انظر الدكتور فاضل محمد زكي - المرجع السابق - ص ١٨٤.

(٢) انظر مؤلفنا - المرجع السابق - ص ٤٨.

(٣) كما يجوز سحب البراءة من القنصل بعد منحها من قبل السلطات المحلية إذا تبين للدولة المستقبلة أنه يقوم بأعمال مضرة بمصالحها. فمثلاً سبق أن قامت فرنسا بسحب براءة القنصل الروسي عام ١٩٣٤م لمساعدته الثوار في إسبانيا على شراء الأسلحة وإيصالها إليهم. وسحبت الحكومة الأمريكية البراءة من قناصل ألمانيا وإيطاليا عام ١٩٤١م، وسحبت حكومة كوبا براءة قنصل أمريكا في هافانا عام ١٩٦٣م وبالمقابل قامت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية بسحب براءة قنصل كوبا في أمريكا في نفس العام (انظر داود محمود رامز - القنصل - بغداد/ ١٩٦٤ - ص ٤٤ وما بعدها).

والزراعة الدولية، واليونسكو، وهيئة الصحة العالمية، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير)،
وجامعة الدول العربية... إلخ.

فالمنظمات الدولية والإقليمية تتمتع بالحصانة القضائية إذا كانت موثائق تأسيسها
تنص على ذلك. وإذا لم تنص موثائق تأسيسها على ذلك، فلا تتمتع بالحصانة القضائية.
فمثلاً ينص ميثاق هيئة الأمم المتحدة على (تمتع الهيئة في بلاد كل عضو من
أعضائها بالأهلية القانونية التي يتطلبها قيامها بأعباء وظائفها وتحقيق مقاصدها، وتمتعها
بالمزايا والإعفاءات التي يتطلبها تحقيق مقاصدها في أرض كل عضو من أعضائها،
ويتمتع المندوبون من أعضاء الأمم المتحدة وموظفو هذه الهيئة بالمزايا والإعفاءات التي
يتطلبها استقلالهم في القيام بمهام وظائفهم المتعلقة بالهيئة).
سادساً - أشخاص تستثنى اتفاقيات دولية:

وهناك بعض الأشخاص الذين قد يتمتعون بالإعفاء التشريعي والقضائي بموجب
اتفاقية دولية، كالاتفاقية العسكرية التي عقدت بين العراق وبريطانيا عام ١٩٢٦م
وبمقتضاها خرج أفراد القوات المسلحة البريطانية المرابطة في العراق من نطاق
الاختصاص التشريعي والقضائي العراقي. وكذلك اتفاقية الصلاحية العدلية والإقامة
المرتبطة بمعاهدة لوزان لسنة ١٩٢٣م التي تطرقت في المواد (١٤-١٨) منها إلى خضوع
قضايا أسر رعايا الدول المتعاقدة في تركيا لاختصاص محاكمهم الوطنية لا لاختصاص
المحاكم التركية، وأجازت الفقرة (٢) من المادة (١٦) منها للمحاكم التركية رؤية قضايا تلك
الأسر استثناء بموافقة أطراف النزاع التحريرية.

وكانت الإمبراطورية العثمانية قد عقدت عدة معاهدات مع الدول الأجنبية في
أواخر أيامها خرج بموجبها رعايا تلك الدول الأجنبية من الاختصاص التشريعي والقضائي
العثماني وكانت قضاياهم تنتظر أمام محاكم قناصل دولهم وتحسم وفقاً لقوانينهم الوطنية،
وأولى هذه المعاهدات كانت قد عقدت بين السلطان سليم الثاني والملك فرانسوا الأول عام
١٥٣٥م ثم أعقبتها معاهدات مماثلة أخرى عقدت بين الباب العالي وبين إنكلترا وهولندا
وبروسيا وروسيا والولايات المتحدة الأمريكية واليونان والسويد والدنمارك وإسبانيا وإيطاليا
وبلجيكا والبرتغال، وبقيت تلك المعاهدات سارية المفعول إلى أن ألغيت عام ١٩١٤م وعاد
عندئذ الاختصاص التشريعي والقضائي إلى القانون والقضاء التركي^(١).

وتنص اتفاقية المساعدات العسكرية الأمريكية التركية حالياً على إخراج أفراد
هيات المساعدات العسكرية الأمريكية في تركيا (TUSLOG)، (JUSMAT) من نطاق
الاختصاص القضائي والتشريعي التركي وتمنع إجراء التبليغات القضائية أو الإدارية إليهم
أصلاً^(٢).

(١) انظر مولفنا - القانون الدولي الخاص. النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في
القانون العراقي - المرجع السابق - ص ٨٨ ومولفنا القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني
للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق - ص ١٤٦.

(٢) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug, sf. 70

الباب الثالث

تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية وقرارات التحكيم

لا يكفي صدور حكم قضائي من المحكمة المختصة وفقاً للقانون المختص في قضية مشوبة بعنصر أجنبي لإيصال الحق إلى صاحبه ما لم يتم تنفيذ هذا الحكم جبراً ويستوفي المحكوم له حقه فعلاً من المحكوم عليه.

فتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي يعني وضعه موضع التنفيذ بحيث يلزم المحكوم عليه قسراً بأداء ما حكم به للمحكوم له في دولة أخرى غير التي صدر الحكم من محاكمها، لإيصال قيمة الحق المكتسب فيه إلى صاحبه في قضية مشوبة بعنصر أجنبي. فهذه المسألة تعتبر من موضوعات القانون الدولي الخاص بسبب العنصر الأجنبي الذي يشوبه. ولذلك سنشرح في هذا الباب، ماهية الحكم القضائي الأجنبي وقرار التحكيم وشروطهما وإجراءات تنفيذهما كالآتي:

الفصل الأول

الحكم القضائي الأجنبي

لم ينظر إلى أثر الحكم القضائي الأجنبي نظرة واحدة منذ البداية لغاية اليوم، بل اختلفت النظرة إليه بحسب اختلاف مراحل تطور مفهوم العلاقات بين الأمم ومدى التمسك بالسيادة ومبدأ إقليمية القانون أو شخصية القانون. ولوقوف على تعريف الحكم القضائي الأجنبي وأسباب وشروط تنفيذه في إقليم دولة أخرى غير التي صدر من محاكمها وموقف تشريعات الدول المختلفة من هذه المسألة لا بد لنا من شرح كل هذه الأمور بشيء من الإفاضة في المبحثين التاليين وكالآتي:

المبحث الأول

التعريف بالحكم القضائي الأجنبي وأساس وشروط الاعتراف به

يقصد بالحكم القضائي الأجنبي كما عرفته المادة الثانية من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٥٢م (كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الأردنية الهاشمية بما في ذلك المحاكم الدينية يتعلق في إجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب ويشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور).

وهذا يعني ضرورة اعتماد وجود الحكم القضائي الأجنبي على صدوره من سلطة قضائية مختصة بإجراءات تقاضي أصولية طبقاً للقانون بناء على طلب أصولي من المدعي ضمن مدة معقولة مكن خلالها المدعى عليه من حق الدفاع. فالسلطة المختصة بإصدار الحكم قد لا تقتصر على محكمة يرأسها قاض، بل قد يصدر الحكم من شخص أو هيئة أخرى مخولة بذلك في الدستور أو القانون. فالدستور الدنماركي مثلاً يعترف للملك بحق إصدار قرار الطلاق ما بين الزوجين، وقد سبق لمحاكم نيويورك أن اعترفت بقوة

تنفيذ قرار من هذا القبيل صدر عام ١٩٢٤م من ملك الدنمارك في قضية (سورة نسون)^(١). وقد يصدر الحكم القضائي من جهة دينية، ومن ذلك صدور قرار الطلاق من الحاخام عند اليهود. وقد يصدر الحكم القضائي من هيئة تحكيم خاصة في القضايا التجارية والمدنية. ولكي يكون الحكم القضائي الأجنبي فاعلاً، لا بد من توافر عنصرين هامين فيه، هما:

١- اكتساب حجة القضية المقضية، أي اكتساب درجة البتات.

٢- اكتساب قوة التنفيذ.

فالتعريف الذي أورده القانون الأردني للحكم القضائي الأجنبي ضيق جداً، لأنه يقتصر على مسائل وردت فيه حصراً وهي: (دفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب)، بينما تعريفه في تشريعات دول أخرى يشمل كل حكم صادر من محكمة أجنبية في المسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والتعويض المدني المقرر بقرار المحاكم الجزائرية الذي يكون قابلاً للتنفيذ بقرار من المحاكم الوطنية^(٢).

المطلب الأول

مدى التزام الدول بالاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه

الأصل أن الحكم القضائي لا يكون قابلاً للتنفيذ في غير الدولة التي صدر من محاكمها تطبيقاً لمبدأ السيادة والاستقلال الذي يمنع تنفيذ أي أمر أو قرار صادر من أجهزة دولة أجنبية في إقليم دولة أخرى ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة تلزمها بذلك. لأن تحريك وتشغيل القوة العامة لماكينه الدولة يعد من مظاهر السيادة والاستقلال، بحيث لا يمكن أن تحركها الأجهزة الإدارية أو القضائية لدولة أخرى وتجبرها على تنفيذ حكم ما.

ولما كان تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي يعني وضعه موضع التنفيذ في دولة أخرى غير التي صدر الحكم فيها وإلزام المدعى عليه قسراً بأداء ما حكم به للمدعي، فلا تكون الدولة التي يطلب منها تنفيذ الحكم الأجنبي في إقليمها وعن طريق جهازها القضائي ملزمة بهذا التنفيذ ما لم توجد بينها وبين الدولة التي صدر الحكم من محاكمها اتفاقية دولية نافذة تلزمها بذلك، عملاً بمبدأ سيادة الدولة على إقليمها كما سبق أن ذكرنا.

وفي العهد الروماني كانت الأحكام القضائية الأجنبية تحترم لا بسبب التعاون القضائي، وإنما بتأثير الوحدة المسيحية والخضوع لقرارات الكنيسة. وفي صدر الإسلام كان القاضي المسلم لا يعترف بالأحكام القضائية ولا يقبل تنفيذها إلا إذا كانت صادرة من محاكم دار الإسلام دون دار الحرب^(٣). وحالياً تختلف الآراء حول هذا الموضوع كالآتي:

١- بحسب الرأي السائد أن الدولة غير ملزمة بقبول تنفيذ حكم قضائي صادر من غير محاكمها الوطنية ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة تقضي بغير ذلك. وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن التشدد في التمسك بهذا المبدأ وبشكل مطلق قد يخل بالمصالح المتبادلة

(١) انظر Prof. Dr. Yilmaz Altug- sf. 107

(٢) انظر بحثنا - تنفيذ الأحكام الأجنبية - المنشور في مجلة القانون المقارن، العدد الرابع عشر، السنة التاسعة/ ١٩٨٢ - ص ١٨٩ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٩٣.

(٣) انظر بحثنا - المرجع السابق - ١٨٩ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٩٣.

بين الدول، ومن المصلحة العامة وضع قواعد لازمة للتخفيف من شدة وطأة مبدأ عدم الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وإلا فإن صاحب الحق لا يتمكن من الوصول إلى حقه المقرر في الحكم القضائي الصادر من أي دار للعدالة، وينجو المعتدي على الحق من حكم العدالة ويستفيد استفادة غير مشروعة، وتسود الفوضى في المجتمع وفي العلاقات بين الأمم، وكل ذلك مخالف لقواعد العدالة ووجود القضاء أينما كان.

٢- وبحسب رأي آخر أن الحكم الصادر من محكمة دولة أجنبية يحوز حجية الأمر المقضي به في أقاليم الدول الأخرى. لأن أساس الاعتراف بالقوة التنفيذية له واحد في جميع الأحوال وفي جميع أنحاء العالم، وهو (تحقيق العدالة) وإيتاء كل ذي حق حقه مالم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم، والقول بغير هذه الحقيقة إنكار لقواعد العدالة ووجود القانون الدولي الخاص^(١).

أما من الناحية الواقعية، فإن الدول تعترف اليوم بالأحكام القضائية الأجنبية وتضع التشريعات اللازمة لتنظيم تنفيذها بتأثير اتساع العلاقات التجارية والاجتماعية وتشابكها بين الأفراد المنتمين إلى دول مختلفة وحاجة المعاملات الدولية وحرية الانتقال وعدم إمكان بقاء الدول في عزلة منطقية ومنغلقة على نفسها^(٢). ومن هذه التشريعات قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٥٢م وقانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨م، كما عقدت عدة اتفاقيات دولية وإقليمية في تنظيم تنفيذ الأحكام الأجنبية، مثل اتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية بين دول الجامعة العربية لسنة ١٩٥٢م واتفاقية الرياض للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣م^(٣) بين دول الجامعة العربية واتفاقية المساعدة القانونية والقضائية المعقودة بين مصر والعراق عام ١٩٦٤م واتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧م واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م... إلخ.

والياً يمكن تقسيم دول العالم بحسب موقفها من الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وقبول تنفيذه إلى أربع فئات هي كالآتي:

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 351

(٢) انظر الدكتور مفلح عواد القضاء - أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء الأردني - دراسة مقارنة. الطبعة الثالثة - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان / ١٩٩٧، ص ١٢٥.

(٣) وقعت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين دول الجامعة العربية بمدينة الرياض في ١٩٨٣/٤/٤م ونظمت في المواد (٢٥-٣١) منها الاعتراف بالأحكام القضائية الصادرة في القضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية وتنفيذها، ونصت المادة (٧٢) منها على إلغاء الاتفاقيات العربية السابقة المعقودة في نطاق جامعة الدول العربية بشأن الإعلانات والإجابات القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، ولكن القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الأردنية اختلفت حول نفاذ هذه الاتفاقية في الأردن. فبينما نجد أن محكمة صلح جزاء عمان ومحكمة استئناف عمان تعترفان بهذه الاتفاقية وبوجوب تطبيقها لمصادقة المملكة الأردنية الهاشمية عليها، نجد أن محكمة استئناف عمان في قرار آخر لها ومحكمة التمييز الأردنية لا تعترفان بها لعدم الموافقة عليها من قبل مجلس الأمة الأردني رغم عدم مساسها بحقوق الأردنيين العامة والخاصة بالمعنى المقصود في المادة ٣٣/أ من الدستور. ونحن لا نؤيد قرار محكمة التمييز، لأن الاتفاقية مجرد تعاون قضائي لمصلحة جميع الدول العربية وتمت المصادقة عليها من قبل جلالة الملك وفقاً للمادة ٣٣/أ من الدستور. (انظر قرار محكمة صلح جزاء عمان رقم ٩٦/٢٤ في ١٩٩٧/٦/١٤ وقرار محكمة استئناف عمان رقم ٩٧/١٥٧٠ في ١٩٩٧/٦/٢٥، ثم انظر قرار محكمة استئناف عمان رقم ٩٧/٢٤٥٨ في ١٩٩٧/٨/٦).

- ١- دول لا تعند بالأحكام القضائية الأجنبية بناتاً مالم توجد اتفاقية دولية نافذة منضمة إليها تلزمها بذلك، مثل هولندا وبعض دول شمال أوروبا.
- ٢- دول تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بعد مراجعة مضمونها قبل تنفيذها (أسلوب المراجعة)، مثل لبنان وفرنسا.
- ٣- دول تعترف بالأحكام القضائية الأجنبية بعد تدقيقها قبل تنفيذها للتأكد من توافر الشروط التي يتطلبها قانونها فيها دون مراجعة مضمونها (أسلوب المراقبة أو التدقيق)، مثل الأردن والعراق وإيطاليا وتركيا وألمانيا والنمسا^(١).
- ٤- دول أخرى تقضي قوانينها بوجوب إقامة دعوى جديدة للمطالبة بالحق مضمون الحكم الأجنبي أمام محاكمها وتقديم الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه كدليل إثبات في هذه الدعوى، كما في أمريكا.

المطلب الثاني

أساس قبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

- اختلف الفقهاء حول أساس قبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وساقوا مبررات عديدة في ذلك أهمها:
- ١- المجاملة الدولية، باعتبار أن الدول تجامل بعضها البعض في قبول الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه كرمز للصدقة والتعاون واحترام النظم القانونية المختلفة ومبدأ المعاملة بالمثل.
 - ٢- العدالة، باعتبار أن غاية القانون الدولي الخاص هي تحقيق العدالة للمتداعين وإن المسألة ليست مجرد مجاملة دولية. فصاحب الحق الذي يحصل على حكم قضائي بحق له يجب مساعدته على استيفاء هذا الحق إرضاء للعدالة، وإلا فإن المعتدي على حق الغير ينجو من حكم العدالة ويستفيد استفادة غير مشروعة، وهذا أمر مخالف لقواعد العدالة والمنطق في كل زمان ومكان، مما يجب الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وقبول تنفيذه احتراماً لقواعد العدالة والحق المكتسب.
 - ٣- الرغبة في اجتناب بذل الجهود وصرف النفقات الزائدة، باعتبار أن الدعوى التي صدر فيها الحكم لا حاجة لرؤيتها مجدداً وإضاعة الجهد والوقت والمال فيها.
 - ٤- ضرورة استقرار المعاملات في النظام الدولي، باعتبار أن عدم الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي سوف يحرم صاحب الحق من حقه ويُمكن المتجاوز على الحق من الاستفادة غير المشروعة مما يسبب الفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات بين الأفراد في الدول المختلفة.
 - ٥- مبدأ الاختصاص القضائي الدولي، باعتبار أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم ضمن اختصاصها القضائي الدولي تعتبر أكثر ملاءمة بحكم اطلاعها على القضية وعلمها بأمور الدعوى^(٢).

(١) انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 353 Ve Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig. sf. 228

(٢) انظر الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٣٩١ وبحثنا - المرجع السابق - ص ١٩٨.

وفي اعتقادنا أن الأساس الأول لمبدأ الاعتراف بأثر الحكم القضائي الأجنبي هو (الحق المكتسب) الذي أصبح من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، وإلا فما فائدة الحكم القضائي الذي ينفق عليه المدعي النفقات الباهظة والجهد الكثير والوقت الطويل ثم يجابه بعدم إمكان تنفيذ هذا الحكم وهدر حقوقه؟ هذا فضلاً عن تأمين استقرار المعاملات في النظام الدولي بقبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي بين الدول في نطاق المصلحة المشتركة للأسرة الدولية تلبية للتطور والحاجات المستجدة في التعاون الجاد.

فالتعاون القضائي بين الدول يسهم في تعزيز وتدعيم العلاقات والصلات بين الأجهزة القضائية من جهة وينعكس أثره بصورة إيجابية على مصالح الأفراد في أقطار العالم من جهة أخرى.

المبحث الثاني

شروط الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وبقوة تنفيذه

ذكرنا سابقاً أن المبدأ السائد في الوقت الحاضر هو الاعتراف بأثر الحكم القضائي الأجنبي، ولكن هذا الاعتراف لا يأتي تلقائياً بمجرد صدور الحكم القضائي الأجنبي واكتسابه قوة القضية المقضية في البلد الذي صدر فيه، وإنما تضع الدول بعض الشروط للاعتراف بحجيته وقوة تنفيذه في إقليمها، وهذا يعني وجود فرق بين شروط الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وبين شروط الاعتراف بقوة تنفيذه.

وقد اعترفت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي بهذه التفرقة بين شروط الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وشروط تنفيذه بقولها في المادة (٣١/ب) منها: (تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم، وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك).

فهناك دول تعترف بحجية الأحكام القضائية الأجنبية وبقوتها التنفيذية بشروط سهلة يتم التحقق منها قبل تنفيذها (أسلوب المراقبة أو التدقيق)، مثل التأكد من سلامة إجراءات إصدار الحكم واكتسابه درجة البتات وعدم مخالفته للنظام العام والآداب. ويتم ذلك عن طريق إقامة دعوى أمام إحدى محاكمها الوطنية وصدر قرار منها بنتيجة تدقيق الحكم القضائي الأجنبي واكتسابه قوة التنفيذ، كما في الأردن والعراق والنمسا وألمانيا وتركيا.

وهناك دول أخرى تعترف بالحكم القضائي الأجنبي كمبدأ ولكنها لا تعترف بقوته التنفيذية إلا بعد إقامة دعوى أمام إحدى محاكمها الوطنية تتم فيها مراجعة مضمونه (أسلوب المراجعة)، كما في لبنان وفرنسا.

وهناك دول أخرى تعترف بالحكم القضائي الأجنبي، ولكنها تشترط لتنفيذه إقامة دعوى أمام إحدى محاكمها للمطالبة بالحقوق مضمون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه وتقديم هذا الحكم كدليل إثبات في تلك الدعوى، كما في أمريكا والدول الأنجلوسكسونية.

والمشرع الأردني اعترف بالحكم القضائي الأجنبي في المادة (٢) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ببعض الشروط، وأجاز قبول تنفيذه في المادة (٣) منه بشرط إقامة دعوى وصدر قرار بالتنفيذ من محكمة أردنية وكالاتي:

المطلب الأول

شروط الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي

اعترفت المادة (٢) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية (بكل حكم أجنبي صادر من محكمة خارج المملكة الأردنية الهاشمية "بما في ذلك المحاكم الدينية" بإجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب، ويشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور).

ولكن هذا الاعتراف منوط بعدة شروط لا بد من توافرها في الحكم القضائي الأجنبي، كضرورة صدوره من محكمة مختصة وسلامة إجراءات إصداره واكتسابه درجة البتات وعدم مخالفته للنظام العام في الأردن، إضافة إلى شرط المعاملة بالممثل. ويجب التأكد من هذه الشروط قبل اتخاذ إجراءات إكسابه قوة التنفيذ كالاتي:

١- شرط المعاملة بالممثل: أول شرط تواجهه المحكمة الأردنية التي تدقق طلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي، في حالة عدم وجود اتفاقية دولية نافذة، هو (شرط المعاملة بالممثل) بين المملكة الأردنية الهاشمية والدولة التي صدر الحكم المطلوب تنفيذه من محاكمها على أساس تشريعي أو واقعي. وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية عندما أجازت رفض طلب تنفيذ (حكم أجنبي صادر من محاكم أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية).

فإذا توفر هذا الشرط في الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه انتقلت المحكمة الأردنية إلى تدقيق بقية الشروط القانونية المطلوبة الأخرى. وإن لم يكن متوافراً رفضت طلب التنفيذ دون أن تنتظر في تدقيق بقية الشروط الأخرى.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بأن المادة (٢٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي صريحة في جواز تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الكويت، وعلى هذا الأساس يقبل تنفيذ الحكم القضائي الصادر من المحاكم الكويتية في الأردن لوجود شرط المعاملة بالممثل في هذه الحالة^(١).

والغاية من اشتراط المعاملة بالممثل للاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي في الأردن هي حمل الدول الأخرى على الاعتراف بالأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأردنية وقبول تنفيذها في إقليمها.

وتقوم بعض الدول بإصدار أنظمة تحدد فيها أسماء الدول التي تعاملها بالممثل في تنفيذ الأحكام القضائية، كما في العراق^(٢). وفي دول أخرى يترك تدقيق وتقدير هذا الشرط للمحكمة التي تدقق طلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وفقاً للتشريع الداخلي والاتفاقيات الدولية المعقودة، كما في المملكة الأردنية الهاشمية.

(١) تمييز حقوق ٢٩٤/٤ ص ٤٧٥ سنة ١٩٧٦.

(٢) سبق أن أصدرت الحكومة العراقية عدة قرارات حددت فيها أسماء الدول التي تعاملها بالممثل في تنفيذ الأحكام القضائية، منها المملكة الأردنية الهاشمية ومصر وسوريا ولبنان وبريطانيا.

٢- أن يصدر الحكم القضائي الأجنبي من محكمة مختصة: ويجب أن يكون الحكم القضائي الأجنبي صادراً من محكمة أجنبية مختصة من حيث الوظيفة والصلاحيات اختصاصاً قضائياً خاصاً داخلياً واختصاصاً قضائياً عاماً دولياً بصراحة الفقرة الأولى ببنديه (أ) و (ب) من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية التي اشترطت أن تكون المحكمة الأجنبية التي صدر منها الحكم القضائي المطلوب تنفيذه مختصة من حيث الوظيفة والصلاحيات اختصاصاً داخلياً وفقاً لقانون تلك المحكمة الأجنبية، عندما أجازت رفض طلب تنفيذ الحكم (إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة) ^(١) أو (إذا كان المحكوم عليه لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم) ^(٢) أو لم يكن مقيماً داخل قضائها أو لم يحضر باختياره أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحياتها) ^(٣).

ولا بد من أن تكون هذه المحكمة الأجنبية المختصة التي صدر منها الحكم هيئة قضائية نظامية غير أردنية خارج المملكة الأردنية الهاشمية، بما في ذلك المحاكم الدينية ^(٤)، بحيث تمثل سيادة دولة أجنبية، سواء أكانت هذه الدولة ناقصة السيادة أم تامة السيادة. علماً أن تحديد الولاية العامة للمحكمة الأجنبية واختصاصها الداخلي من حيث الوظيفة والصلاحيات يتم وفقاً لقانون المحكمة الأجنبية نفسها. فمثلاً إذا كان النزاع الذي صدر فيه الحكم القضائي الأجنبي من اختصاص محاكم نيويورك وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية لولاية نيويورك وصدر فيه الحكم من محاكم ولاية واشنطن، فإن هذا الحكم لا يعتبر صادراً من محكمة أجنبية مختصة اختصاصاً قضائياً خاصاً داخلياً بالنسبة للأردن.

وكذلك يجب أن تكون المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة من حيث الوظيفة والصلاحيات اختصاصاً قضائياً عاماً دولياً وفقاً للقانون الأردني. فمما يلاحظ أن تحديد الاختصاص القضائي الخاص الداخلي للمحكمة الأجنبية التي صدر الحكم منها من حيث الوظيفة والصلاحيات يتم وفقاً للقانون الوطني لتلك المحكمة، بينما تحديد الاختصاص القضائي العام الدولي للمحكمة الأجنبية التي صدر الحكم منها من حيث الوظيفة والصلاحيات يتم وفقاً للقانون الأردني. أي قانون الدولة المطلوب منها التنفيذ. فمثلاً إن النزاع المتعلق بمال غير منقول كائن في الأردن يكون من اختصاص محكمة مكان هذا المال غير المنقول في الأردن. فإذا أصدرت محكمة أمريكية قرارها في هذا النزاع وطلب تنفيذ هذا القرار في الأردن، لا يعترف بهذا الطلب أصلاً لعدم صدوره من محكمة أجنبية مختصة اختصاصاً قضائياً عاماً دولياً.

(١) البند (أ) من الفقرة (١) من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية.

(٢) المقصود بعبارة (لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم)، كما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية - حقوق رقم ١٩٨٩/٨٥٢ المنشور في مجلة نقابة المحامين. العدد الثالث والرابع ص ٤٧٥، هو (التعاطي الذي يتم به نشوء الحق المتنازع عليه).

(٣) البند (ب) من الفقرة (١) من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية.

(٤) المادة (٢) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ورغم ان المشرع الأردني لم يحدد في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الحالات التي تكون فيها المحكمة الأجنبية مختصة اختصاصاً قضائياً عاماً دولياً خلافاً لمسلك المشرع العراقي الذي حدد هذه الحالات^(١)، يجب الرجوع إلى أحكام المادتين (٢٧) و (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية لمعرفة الاختصاص القضائي العام الدولي للمحاكم الأردنية^(٢)، ومن المفهوم المخالف لأحكام المادة (٢٨) يمكن تحديد الحالات التي تكون فيها المحكمة الأجنبية مختصة اختصاصاً قضائياً عاماً دولياً بإصدار الحكم.

فإذا صدر الحكم من محكمة أجنبية في الدعوى التي تدخل ضمن الاختصاص القضائي العام الدولي للمحاكم الأردنية، تعتبر المحكمة الأجنبية في هذه الحالة غير مختصة اختصاصاً قضائياً عاماً دولياً ولا يعترف في الأردن بالحكم الصادر عنها.

ويجب ألا يفهم من عبارة (خارج الأردن) ان كل حكم صادر خارج الأردن هو حكم أجنبي، وعلى ذلك لا يعتبر حكماً قضائياً أجنبياً، الاعلام الصادر من جهة أردنية مخولة ببعض أعمال المحاكم الشرعية خارج الأردن وتمثل سيادة الأردن، مثل عقد الزواج المبرم في القنصليات الأردنية خارج المملكة، لأن هذه الأعمال تعتبر كأنها صادرة من المحاكم الشرعية الأردنية في الأردن.

ويعترف بالحكم القضائي الأجنبي في الأردن ولو كان صادراً من مرجع ديني أو كنيسة في الخارج ما دام لهذا المرجع الديني أو الكنيسة حق القضاء بموجب قانون الدولة الأجنبية التي صدر فيها الحكم، وهذا ما تنص عليه المادة (٢) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية بقولها: (بما في ذلك المحاكم الدينية)، مما يناقض ما ورد في نفس المادة بالنسبة للموضوعات التي يجب أن يتضمنها الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه في الأردن وهي حصراً دفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب، لأن المحاكم الدينية لا تحكم إلا في مسائل الأحوال الشخصية التي لا تدخل ضمن قصد المشرع في المادة (٢) المذكورة.

^(١) لقد اعتبرت المادة (٧) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ المحكمة الأجنبية مختصة اختصاصاً عاماً دولياً بإصدار الحكم في الحالات التالية:

- ١- إذا كانت الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية.
- ٢- إذا كانت الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله أو قسم منه يتعلق به الحكم.
- ٣- إذا كانت الدعوى ناشئة عن أعمال وقعت كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية.
- ٤- إذا كان المحكوم عليه مقيماً عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغولاً بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى.
- ٥- إذا حضر المحكوم عليه الدعوى باختياره.
- ٦- إذا وافق المحكوم عليه على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه.

^(٢) لتفاصيل الاختصاص القضائي العام الدولي للمحاكم الأردنية راجع ما سبق شرحه في الصفحة (١٧٣) وما بعدها من الكتاب ضمن موضوع الاختصاص القضائي الدولي.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي قد اشترطت أيضاً أن تكون المحكمة التي صدر منها الحكم في الدول العربية المتعاقدة مختصة^(١).

٣- أن يكون الحكم نهائياً: ويجب أن يكون الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه نهائياً. أي مكتسباً الدرجة القطعية وغير قابل للطعن وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته، بحيث لا يجوز تعديله أو جرحه. وذلك لأن الحكم القضائي غير النهائي يكون قابلاً للتعديل والجرح وغير قابل للتنفيذ الجبري في بعض الحالات، إضافة إلى أن المحكمة قد تصدر قرارات ذات طبيعة متنوعة ضمن اختصاصها النوعي وهو ما يسمى بـ (القضاء الولائي)^(٢). فمثلاً قد يحكم قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ إجراءات وتدابير وقائية وتحفظية مستعجلة أو في نفقة مستعجلة أو تعيين حارس قضائي أو تثبيت حالة قائمة ولو كان غير مختص في الدعوى الأصلية عندما يخشى من زوال الحالة القائمة أو من تلف المال أو تهريبه، كما في حالة حجز التحفظي أو الحراسة أو منع السفر أو الكشف المستعجل لتثبيت حالة أو سماع شاهد يخشى فوات فرصة الاستشهاد به في موضوع لم يعرض بعد على القضاء ويحتمل عرضه عليه، وكل ذلك تدقيقاً فقط ودون دعوة الخصوم للمحاكمة، ويبقى القرار الذي يصدر بقبول طلب المستدعي في هذه المسائل المستعجلة على ذمة الدعوى الأصلية ولحين الفصل فيها^(٣).

وهذا الشرط أوجبه الفقرة (١/هـ) من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية عندما أجازت رفض طلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي (إذا أُلغى المحكوم عليه المحكمة بأن الحكم لم يكتسب بعد الصورة القطعية)^(٤).

ويعتبر الحكم القضائي الأجنبي نهائياً إذا انتهت مدة الطعن وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته دون وقوع أي طعن فيه أو إذا قُدم طلب الطعن بعد فوات مدده أو إذا قدم وردته المحكمة الأعلى^(٥).

(١) تنص المادة (٢٥/ب) من هذه الاتفاقية على أن: (يعترف كل من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة عن محاكم أي طرف متعاقداً آخر... وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي المقررة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ...).

(٢) أقرت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في المادة (٢٥/ب) منها مبدأ الاعتراف بالحكم القضائي العربي - أيأ كانت تسميته - يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو جهة مختصة لدى إحدى الدول المتعاقدة ولكنها استثنيت في الفقرة (ج) من نفس المادة بعض الأحكام التي لا يمكن الاعتراف بها وهي: (١- الأحكام التي تصدر ضد حكومة الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة أو بسببها. ٢- الأحكام التي يتساقط الاعتراف بها أو تنفيذها مع المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ. ٣- الإجراءات الوقتية والتحفظية والأحكام الصادرة في قضايا الإفلاس والضرائب والرسوم).

(٣) وقد أخذ بهذا الشرط أيضاً القانون العراقي والسوري واللبناني والمصري والتركي، وكانت تنص عليه المادة الأولى من اتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية المعقودة عام ١٩٥٢ بين دول الجامعة العربية واشترطته أيضاً اتفاقية الرياض للتعاون القضائي في المادة (٢٥/ب) منها بقولها: (أن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضى به).

(٤) انظر المواد (٣٠ - ٣٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨.

(٥) فمثلاً قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها حقوق رقم ٧٥/٤١٠ ص ١٤١٩ سنة ١٩٧٧ بأن تبليغ المدعى عليهم في الحكم الأجنبي بالنشر دون أن يطنوا في الحكم رغم مضي المدة القانونية كاف للدلالة على أن هذا الحكم قد أصبح قطعياً.

وإثبات عدم اكتساب الحكم القضائي الأجنبي الدرجة القطعية يقع على عاتق المحكوم عليه وفقاً لما نصت عليه المادة (١/٧ هـ) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية وتطبيقات محكمة التمييز الأردنية^(١).

ومن الملاحظ أن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن قد سكت عن بعض الأمور المهمة، كمسألة الطلب من المحكمة الأردنية المختصة تنفيذ حكمين متناقضين صادرين في موضوع واحد وبين نفس الخصوم عن محكمتين في دولتين مختلفتين ومكتسبين حجية الشيء المحكوم فيه طبقاً لقانونهما الوطني. فما هو الحل في هذه الحالة؟. في الواقع ان المادة (١١) المعدلة من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ قد عالجت هذه المسألة بالنسبة للأحكام غير الأجنبية بقولها: (عند صدور حكمين متناقضين من محكمتين مختلفتين، تختص محكمة التمييز في تقدير أي الحكمين واجب التنفيذ ما لم يكن أحد الحكمين قد تم تنفيذه)^(٢).

أما بالنسبة للأحكام القضائية الأجنبية الصادرة في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، فيرى البعض وجوب تلبية طلب التنفيذ الأول، وآخرون ذهبوا إلى إجراء المفاضلة بينهما في ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً.

وإننا نرى وجوب إجراء المفاضلة بين الحكمين وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون الأردني، بحيث يقبل تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي الذي يتفق مع قواعد القانون الأردني في الاختصاص القضائي الدولي، خاصة ان قوانين عربية قد أخذت بهذا الحل، مثل المادة (١/٦) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في لبنان لعام ١٩٦٧م التي نصت على أنه: (في حالة صدور حكمين أجبيين باسم سيادتين مختلفتين في موضوع واحد وبين نفس الخصوم يتم تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتفق وقواعد القانون اللبناني في الاختصاص القضائي الدولي).

كما سكت قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن عن حالة أخرى مهمة، وهي وجود حكم مشابه في شأن الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه في الأردن صادر من محكمة أردنية ومكتسب قوة القضية المقضية بين نفس الخصوم ومتعلق بنفس الحق محلاً وسبباً، أو إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه في الأردن محلاً لدعوى منظورة أما إحدى المحاكم الأردنية بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. ولكن جاء في المادة (١١٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ان (الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها). وجاء في المادة (٣/١٩٨) منه (لا يقبل الطعن في الأحكام بالتمييز إلا في الأحوال التالية: ٣- إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية سواء ادفع بهذا أم لم يدفع).

(١) انظر على سبيل المثال القرار التمييزي (حقوق ٧٤/٢٩٤ مجلة نقابة المحامين ص ٤٧٥ سنة ١٩٧٦).

(٢) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- شرح أحكام قانون الإجراء الأردني- الطبعة الأولى- الروزنا للطباعة، إربد ١٩٩٦، ص ٣٤.

وكذلك يرفض قانون المرافعات المدنية المصري وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية اللبناني طلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في هذه الحالة استناداً إلى مبدأ عدم جواز قبول رفع الدعوى الواحدة أكثر من مرة أمام محاكم مختلفة، خاصة أن هذا المبدأ متعلق بالنظام العام^(١).

كما أن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي أخذت بنفس المبدأ عندما قضت برفض الاعتراف بالحكم القضائي (إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلاً لحكم صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وحائزاً لقوة الأمر المقضى به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف)^(٢).

٤- أن يصدر الحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه في منازعات متعلقة بالقانون الخاص وبإجراءات حقوقية ويقضى بدفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب؛ وذلك لأن المادة الثانية من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية حددت نوع الحكم القضائي الأجنبي الذي يمكن الاعتراف به في الأردن وركز في ذلك على طبيعة النزاع الذي نظرت به المحكمة الأجنبية وأصدرت فيه حكماً من حيث كونها (مدنية، تجارية، جنائية، إدارية، أحوال شخصية)، وليس على نوع تلك المحكمة.

ومما يلاحظ أن المشرع الأردني قد ضيق مجال الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي في الأردن نسبة إلى المشرعين الآخرين في الدول العربية واتفاقية الرياض للتعاون القضائي، لأنه لم يعترف بالأحكام القضائية الأجنبية الجنائية بالتعويض المدني عن الحق الشخصي في الفعل الجرمي الضار، والأحكام الإدارية، والأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية غير المالية، كالحكم بالمطالبة والحضانة، والطلاق والزواج... إلخ^(٣).

والمشرع الأردني ليس هو الوحيد الذي ضيق مجال الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي، خاصة في قضايا الأحوال الشخصية غير المالية للوطنيين في الخارج. فالمشرعين التركي والفرنسي أيضاً لا يعترفان بالحكم القضائي الأجنبي الصادر في قضايا الأحوال الشخصية للأتراك أو للفرنسيين من محاكم دول أجنبية. لأن الاختصاص فيها هو للمحاكم الوطنية حصراً رغم أن ذلك قد يدفع الدول الأخرى إلى عدم الاعتراف بأحكام المحاكم التركية والفرنسية على أساس المقابلة بالمثل^(٤).

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٤١٠.

(٢) انظر الفقرة (د) من المادة (٣٠) من الاتفاقية المذكورة.

(٣) تنص المادة (٥/ج) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق على: (أن يكون الحكم الأجنبي متعلقاً بدين أو مبلغ معين من النقود أو كون المحكوم به تعويضاً مدنياً فقط إذا كان الحكم الأجنبي صادراً في دعوى عقابية).

وكانت المادة الأولى من اتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية المعقودة عام ١٩٥٢م بين أعضاء جامعة الدول العربية تنص على مايلي: (كل حكم نهائي مقرر لحقوق مدنية أو تجارية أو قاض بتعويض من المحاكم الجنائية أو متعلق بالأحوال الشخصية)، وهكذا الأمر في المادة (٢٤) من اتفاقية المساعدة القانونية والقضائية المعقودة بين العراق ومصر لعام ١٩٦٤م.

(٤) وفي سياق الأمثلة على ذلك، نسوق المثال التالي من تركيا: مات أرجنطيني الجنسية اسمه (ماركوب) في حلب بسوريا عن زوجته (أوجيني) وترك بعض الأموال المنقولة وغير المنقولة في تركيا، فأقام وكيل زوجته الدعوى أمام المحكمة الحقوقية في حلب مدعياً أن (ماركوب) نظم وصية لصالح موكلته (أوجيني) وفقاً للقانون الأرجنطيني بجميع أمواله المنقولة وغير المنقولة في تركيا وحيث لم يبق أي واحد من ورثته من -

فلا يمكن الاعتراف بحكم قضائي أجنبي غير عربي في الأردن إذا كان مستنداً إلى قانون عام مثل الأفعال الجرمية في قانون العقوبات أو المسائل الإدارية في القانون الإداري، لأنها قوانين عامة متعلقة بالنظام العام وتخضع لمبدأ الإقليمية في تطبيقها ولا تولد أي أثر خارج إقليم الدولة، ولأن الاعتراف بحكم أجنبي صادر بموجب قانون عام أجنبي في الخارج، يعتبر إخلالاً بالسيادة ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة تقضي بغير ذلك. فحصر الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي الصادر في القضايا الحقوقية دون الجنائية والإدارية نتيجة منطقية لشروط تنازع القوانين. لأن تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لا يقوم كما سبق أن ذكرنا إلا في القانون الخاص دون القانون العام. ولكن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي أخذت بمبدأ الاعتراف بالأحكام القضائية العربية الصادرة عن محاكم أي طرف متعاقد في القضايا المدنية بما في ذلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية الصادرة عن المحاكم الجزائية، وفي القضايا التجارية والإدارية ومسائل الأحوال الشخصية^(١).

كما أجازت الاتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية بعقوبة جزائية سالية للحرية^(٢) لا تزيد مدتها عن سنة، وتنفيذ الأحكام الجزائية الصادرة لدى أحد الأطراف المتعاقدة في إقليم أي من الأطراف الأخرى التي يكون المحكوم عليه من مواطنيه بناء على طلب وعند توافر بعض الشروط^(٣).

←الأصول والفروع، فيجب أن تنتقل إليها هذه الأموال، وطلب تصديق الوصية وإصدار القرار بذلك من المحكمة وأصدرت المحكمة قرارها لصالح الزوجة المدعية واكتسب الحكم الدرجة القطعية وطلب وكيل (أجنبي) تنفيذ الحكم في تركيا. إلا أن المحكمة التركية التي نظرت في طلب تنفيذ الحكم ردت الطلب وفقاً للمادة (٥٤) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية التركي بسبب تعلق الحكم بمسائل الأحوال الشخصية وعدم وجود مبدأ المعاملة بالمثل أو اتفاقية نافذة بخصوص تنفيذ الأحكام القضائية بين تركيا وسوريا. وعندما ميز وكيل المدعية قرار المحكمة أصدرت الدائرة الحقوقية الثانية في محكمة التمييز التركية قرارها بتصديق قرار المحكمة في ٦ مايس عام ١٩٥٢ (انظر Prof. Dr. Osman Berki. sf. 355).

^(١) انظر المادة (٢٥/ب) من الاتفاقية. وكما سبق أن ذكرنا ان بعض القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الأردنية تعترف باتفاقية الرياض، ومحكمة التمييز لا تعترف بها على أساس عدم عرضها على مجلس الأمة الأردني للموافقة عليها لأنها ذات علاقة بحقوق الأردنيين، بينما هي في الواقع ما هي إلا تعاون قضائي بين الدول العربية لا تحتاج إلى موافقة مجلس الأمة، بل موافقة الملك حسب الدستور (راجع الصفحة () من الكتاب).

^(٢) تقضي المادة (٥٥) من الاتفاقية بجواز تنفيذ الأحكام بعقوبة سالية للحرية لمدة تقل عن سنة في إقليم أحد الأطراف المتعاقدة الموجود فيه المحكوم عليه بناء على طلب الطرف المتعاقد الذي أصدر الحكم إذا وافق على ذلك المحكوم عليه والطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ.

^(٣) تقضي المادة (٥٨) من الاتفاقية بجواز تنفيذ الأحكام الجزائية المكتسبة الدرجة القطعية (النهائية) والصادرة لدى أحد الأطراف المتعاقدة في إقليم أي من الأطراف الأخرى التي يكون المحكوم عليه من مواطنيه، بناء على طلبه إذا توافرت الشروط الآتية:

أ- أن تكون العقوبة المحكوم بها سالية للحرية ولا تقل مدتها أو المدة المتبقية منها أو القابلة للتنفيذ عن ستة أشهر. ب- أن تكون العقوبة من أجل إحدى الجرائم التي لا يجوز فيها التسليم. ج- أن تكون العقوبة من أجل فعل معاقب عليه لدى الطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ بعقوبة سالية للحرية لا تقل مدتها عن ستة أشهر. د- أن يوافق على طلب التنفيذ كل من الأطراف المتعاقدة الصادر عنه الحكم والمحكوم عليه. وبحسب المادة (٥٩) منها لا يجوز تنفيذ الأحكام الجزائية في الحالات التالية: ←

٥- عدم مغايرة الحكم القضائي الأجنبي للنظام العام أو الآداب: ويشترط ألا يكون مضمون الحكم القضائي الأجنبي مخالفاً للنظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية، وهذا ما يؤكده البند (و) من الفقرة الأولى من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية. لأن الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي يعني الاعتراف بالحقوق التي يتضمنها وهذا المضمون قد يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم، كما لو كان الحكم يقضي بإلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من النقود عن دين القمار أو عن المتاجرة بالمخدرات أو بتصفية حساب مال مسروق أو نفقة امرأة غير متزوجة زواجاً شرعياً.

فهذه الأمور مخالفة للنظام العام والآداب في الأردن، وبالتالي لا يمكن الاعتراف بحكم أجنبي صادر فيها، ولكن يجوز الاعتراف بجزء منه غير مخالف للنظام العام أو الآداب وعدم الاعتراف بجزئه الآخر المخالف للنظام العام أو الآداب، كما لو كان الحكم الأجنبي يتضمن الإلزام بدفع مبلغ من النقود نصفه عن قرصة حسنة ونصفه الآخر عن دين قمار. فالجزء المتعلق بدين القمار لا يمكن الاعتراف به لمخالفته للنظام العام^(١).

والمحكمة الأردنية التي تبنت في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي هي صاحبة السلطة في تقدير ما إذا كان الحكم القضائي الأجنبي يخالف النظام العام أو الآداب في الأردن أم لا. علماً أن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي قد أخذت بهذا الشرط كمانع من موانع الاعتراف بالحكم القضائي العربي بشكل أوسع مما هو مقرر في تشريعات الدول العربية المتعاقدة بقولها في المادة (٣٠) منها: (يرفض الاعتراف بالحكم إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو الدستور أو النظام العام أو الآداب في الطرف المتعاقد المطلوب إليه تنفيذ الاعتراف)^(٢).

٦- أن تكون الإجراءات المتبعة في إصدار الحكم القضائي الأجنبي سليمة وأصولية: ويجب أن تكون الإجراءات التي اتبعتها المحكمة الأجنبية لإصدار الحكم المراد تنفيذه في الأردن سليمة وأصولية وفقاً لقانونها الوطني، مثل تبليغ الخصوم بموعد مراعاة الدعوى وتمكين المدعى عليه من الدفاع عن نفسه وتبليغه بالحكم، وأن يكون أطراف الدعوى قد مثلوا في الدعوى تمثيلاً صحيحاً... إلخ^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن طلب المدعى عليه عند تنفيذ الحكم الأجنبي قبول البيئة الإضافية على أنه لم يكن مجهول الإقامة، هو طلب مردود طالما أن محل إقامته كان مجهولاً بالنسبة لمحكمة بغداد التي أصدرت الحكم وكما هو ثابت من

← أ- إذا كان نظام تنفيذ العقوبة لدى الطرف المتعاقد طالب التنفيذ لا يتفق ونظام التنفيذ لدى الطرف المتعاقد الصادر فيه الحكم. ب- إذا كانت العقوبة قد انقضت بمضي المدة وفق قانون الطرف المتعاقد الصادر لديه الحكم أو الطرف المتعاقد طالب التنفيذ. ج- إذا كانت العقوبة تعد من تدابير الإصلاح والتأديب أو الحرية المراقبة أو العقوبات الفرعية والإضافية وفقاً لقوانين وأنظمة الطرف المتعاقد طالب التنفيذ.

(١) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم - المرجع السابق ٠ ص ٤١٢.

(٢) راجع المادة (١/٣٠) من الاتفاقية.

(٣) تمييز حقوق رقم ٦٧/٧٨ ص ١١١٨ سنة ١٩٧٨.

إجراءات التبليغ التي تمت وفقاً لقانون أصول المرافعات العراقي^(١).
فالبند (ج) من الفقرة الأولى من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية قد نص على هذا الشرط عندما أجاز رفض طلب تنفيذ الحكم (إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ بمذكرة الحضور من المحكمة التي أصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغمًا عن كونه يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيه)^(٢).
وتطبيقاً لذلك إذا لم يبلغ الخصوم على الوجه الصحيح فلا يمكن الاعتراف بالحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في الأردن^(٣).

٧- واشترط البند (د) من الفقرة الأولى من المادة (٧) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ألا يكون الحكم المطلوب تنفيذه قد حصل عليه المحكوم له عن طريق الاحتيال. أي بالغش نحو القانون.

المطلب الثاني

شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وآثاره

لاحظنا مما سبق أن مجرد الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي لا يؤدي إلى إكسابه قوة تنفيذ مباشرة. فما هي إذن سبل إكساب الحكم القضائي الأجنبي قوة التنفيذ في الدولة المطلوب إليها تنفيذه بعد توافر شروط الاعتراف به؟.

(١) جاء في قرار لمحكمة تمييز الأردن برقم، تمييز حقوق ١٩٩٣/٣٠٨ منشور في مجلة نقابة المحامين، العدد السادس، حزيران ١٩٩٤م، السنة ٤٢، ص ١٢٨٥ (يرفض طلب تنفيذ حكم صادر عن محكمة أبو ظبي المدنية لأنه ليس فيه ما يثبت وبشكل يقيني إنها - المميز ضدّها - كاتبا عند إقامة الدعوى ووقت صدور الحكم المطلوب تنفيذه يقيمان أو يتعاطيان أعمالهما داخل قضاء تشمله المحكمة المذكورة التي أصدرت الحكم أو اتّهما حضرا باختيارهما أمامها أثناء المحاكمة، ولم يثبت اتّهما تبليغا بمذكرة الحضور لتلك المحكمة بصورة قانونية... إلخ).

(٢) اعتبرت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي عدم توافر هذا الشرط مانعاً من موافقة الاعتراف بالحكم وهو ما قرره المادة (٣٠) منها بقولها: (يرفض الاعتراف بالحكم: ب- إذا كان غيابياً ولم يعلن للخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلاناً صحيحاً يمكنه من الدفاع عن نفسه ج- إذا لم تراعى قواعد قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف الخاصة بالتمثيل القانوني للأشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها د- إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلاً لحكم صادر في الموضوع بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وحائزاً لقوة الأمر المقضي به لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف هـ- إذا كان النزاع الصادر في شأنه الحكم المطلوب الاعتراف به محلاً لدعوى أمام إحدى محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بين الخصوم أنفسهم ويتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وكانت الدعوى قد رفعت إلى محاكم هذا الطرف المتعاقد الأخير في تاريخ سابق على عرض النزاع على محكمة الطرف المتعاقد التي صدر عنها الحكم المشار إليه. وللجهة القضائية التي تنظر في طلب التنفيذ طبقاً لنص هذه المادة أن تراعي القواعد القانونية في بلدها).

(٣) كانت المادة (٢/٢) من اتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية المعقودة عام ١٩٥٢م بين دول الجامعة العربية تنص على أنه: (لا يجوز رفض التنفيذ إلا إذا كان الخصوم لم يبلغوا على الوجه الصحيح). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز العراق بأن الإعلان أو التبليغ يجب أن يتم وفق قانون الدولة العربية المتعاقدة التي صدر الحكم من محكمتها، وحيث تبين أن التبليغ يجب أن يتم وفق القانون السوري في الحكم الصادر من محكمة شرعية دمشق، فإن ذلك يخالف المادة (٢/٢) من الاتفاقية، ولهذا السبب قررت رفض طلب تنفيذ الحكم في العراق (انظر قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٢٦ في ١٩٦٧/٦/٢٨ منشور في مجلة القضاء - العدد الأول / ١٩٧٦ ص ٢٣٣).

اختلفت تشريعات دول العالم بصدد سبل وإجراءات إكساب الحكم القضائي الأجنبي قوة التنفيذ كالآتي:

١- قوانين بعض الدول تقضي بمراجعة وفحص مضمون الحكم القضائي الأجنبي قبل تنفيذه (أسلوب المراجعة)، كما في مصر ولبنان وفرنسا، ومن أجل ذلك لا بد من إقامة دعوى التنفيذ أمام محكمة مختصة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ واستصدار قرار منها بقبول تنفيذه. فمهمة هذه المحكمة المختصة هي مراجعة وفحص موضوع الحكم لا من حيث تدقيق توافر أو عدم توافر شروط معينة فيه، بل من حيث مضمونه كموضوع لدعوى قضائية أصلية بهدف تأمين وتمثيل سيادة الدولة المطلوب منها التنفيذ في العملية القضائية. لأنه إذا اعترفت المحكمة الوطنية بمضمون الحكم القضائي الأجنبي وصدر أمر تنفيذه منها وتم تنفيذه فعلاً، فإن هذا التنفيذ قد يعتبر انصياعاً لأمر المحكمة الوطنية في الدولة المطلوب إليها التنفيذ ووفقاً لقانونها الوطني وليس انصياعاً لأمر المحكمة الأجنبية التي أصدرته ووفقاً لقانونها الوطني.

٢- قوانين دول أخرى تقضي بإقامة دعوى جديدة للمطالبة بالحق مضمون الحكم القضائي الأجنبي أمام محكمة مختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ ويقدم الحكم القضائي الأجنبي كدليل إثبات في هذه الدعوى، كما في أمريكا والدول الانجلوسكسونية الأخرى.

٣- وفي قوانين دول أخرى لا بد من إقامة دعوى تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي أمام محكمة مختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ لا لمراجعة وفحص مضمون الحكم وإنما لتدقيق مدى توافر شروط الاعتراف به وفقاً لقانونها الوطني، ومنها شرط المعاملة بالمثل وعدم مخالفة الحكم للنظام العام والآداب... إلخ، وذلك بغية تأمين تمثيل سيادتها الوطنية في الأمر بالتنفيذ من جهة، وإكسابه قوة التنفيذ وتسهيل تنفيذه في إقليمها دون تعقيدات من جهة أخرى (أسلوب المراقبة أو التدقيق)، كما في الأردن والعراق^(١) وتركيا وألمانيا والنمسا وإيطاليا^(٢).

فالمادة (٣) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية في الأردن تنص على أن: (يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في المملكة الأردنية الهاشمية بإقامة دعوى لتنفيذه أمام محكمة بدائية). فما هي إجراءات إقامة هذه الدعوى وصدر قرار التنفيذ فيها؟^(٣).

(١) تنص المادة (٢) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ على أن: (يجوز أن ينفذ الحكم الأجنبي في العراق وفقاً لأحكام هذا القانون بقرار يصدر عن محكمة عراقية يسمى قرار التنفيذ).

(٢) انظر Prof. Dr. Osman Berki Ve Hilmi Erguney, Kanun ihtilaflari- Istanbul 1965, sf. 123

(٣) جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية برقم، تمييز حقوق ٣٢٧/٦٤ منشور في مجلة نقابة المحامين، العدد الأول، سنة ١٩٦٥م، ص ٨٢ (لا يكون أي حكم صادر عن إحدى المحاكم اللبنانية صالحاً بذاته في الأردن لإجراء تنفيذي جبري بل يجب لنفاذه أن يصدر بذلك أمر من محكمة البداية طبقاً لأحكام الاتفاقية القضائية الأردنية اللبنانية وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية).

الفرع الأول

إجراءات دعوى قرار تنفيذ الحكم الأجنبي في الأردن

تقام دعوى طلب تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الأردن باستدعاء يقدم إلى محكمة البداية التي يقيم المحكوم عليه ضمن دائرة صلاحيتها أو التي تقع ضمن دائرة صلاحيتها أملاكه المطلوب تنفيذ الحكم عليها إذا كان المحكوم عليه لا يقيم في المملكة الأردنية الهاشمية^(١). وعلى طالب تنفيذ الحكم (المحكوم له) أن يقدم إلى المحكمة مع الاستدعاء صورة مصدقة للحكم القضائي الأجنبي المطلوب تنفيذه مع صورة مصدقة عن ترجمتها إذا كان الحكم بغير اللغة العربية وصورة أخرى لتبليغها للمحكوم عليه^(٢). ويجوز للمحكمة أن تبلغ الأشخاص المقيمين خارج دائرة صلاحيتها بموجب شروط تستصوبها مع مراعاة أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية^(٣)، لأن أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية تسري على هذه الدعوى^(٤). وهذا يعني أن ما ينص عليه قانون أصول المحاكمات المدنية من إجراءات للنقاضي والطعون والمسدد... إلخ، يجب إتباعها في دعوى طلب تنفيذ الحكم الأجنبي ما لم توجد اتفاقية دولية نافذة في الأردن تقضي بغير ذلك، فإن وجدت اتفاقية نافذة تقتصر مهمة المحكمة الأردنية عندئذ على الرجوع إلى تلك الاتفاقية مباشرة والاستناد إليها في إصدار قرار التنفيذ^(٥). لأنه في حالة ظهور اختلاف بين الاتفاقية النافذة في الأردن وأحكام القانون الداخلي في تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية يعمل بنص الاتفاقية وإن كان القانون لاحقاً لها، وهذا ما

(١) المادة (٤) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني.

(٢) المادة (٦) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني.

(٣) المادة (٥) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني.

(٤) المادة (٨) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني.

(٥) فمثلاً كانت المادة (٨) من اتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية المعقودة عام ١٩٥٢م بين دول الجامعة العربية تنص على أن: (تسعى كل دولة السلطة القضائية المختصة التي ترفع إليها طلبات التنفيذ وإجراءاته وطرق الطعن في الأمر الصادر وتبليغ ذلك إلى كل من الدول المتعاقدة الأخرى).

وكانت المادة (٢) منها لا تجيز للمحكمة التي تنظر دعوى طلب التنفيذ مراجعة وفحص الحكم القضائي إلا في حالات معينة. بينما تنص المادة (٣١/ب) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي على أن: «تخضع الإجراءات الخاصة بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه لقانون الطرف المطلوب إليه الاعتراف بالحكم، وذلك في الحدود التي لا تقضي فيها الاتفاقية بغير ذلك».

وتنص المادة (٢) منها على أن: (تنفيذ محاكم الطرف المتعاقد المطلوب إليها الاعتراف بالحكم أو تنفيذه عند بحث الأسباب التي بنى عليها اختصاص محاكم الطرف المتعاقد الآخر وبالوقائع الواردة في الحكم التي استند إليها في تقرير الاختصاص وذلك ما لم يكن الحكم قد صدر غيابياً).

وتنص المادة (٣٢) منها على أن: (تقتصر مهمة الهيئة القضائية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لموضوع، وتقوم هذه الهيئة بذلك من تلقاء نفسها وتثبت النتيجة في قرارها وتأمّر الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم - حال الاقتضاء - عند إصدار أمرها بالتنفيذ باتخاذ التدابير اللازمة لتسبغ على الحكم القوة التنفيذية نفسها التي تكون له لو أنه صدر من الطرف المتعاقد الذي يراد تنفيذه لديه. ويجوز أن ينص طلب الأمر بالتنفيذ على منطوق الحكم كله أو بعضه إذا كان قابلاً للتجزئة).

يؤكدده قرار صادر من محكمة التمييز الأردنية^(١).
ومما يلاحظ أن المشرع الأردني جعل المحكمة المختصة نوعياً بإصدار قرار تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في المادة الثالثة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية هي محكمة البداية^(٢) في جميع الأحوال أياً كانت قيمة الحق الصادر به الحكم المطلوب تنفيذه في الأردن^(٣).

الفرع الثاني

آثار قرار تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

تترتب عدة آثار قانونية على صدور قرار تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي من المحكمة المختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ واكتساب هذا القرار الدرجة القطعية، أهمها اكتساب قوة التنفيذ، وحجية الشيء المحكوم به، وقوة الإثبات كالآتي:
أولاً- اكتساب قوة التنفيذ:

إذا صدر القرار من محكمة البداية الأردنية المختصة بإكساب الحكم القضائي الأجنبي قوة التنفيذ، يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ في الأردن بالطريقة والإجراءات التي تنفذ بها القرارات الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية عن طريق دائرة الإجراء اعتباراً من تاريخ صدور قرار المحكمة الأردنية بإكسابه قوة التنفيذ لا من تاريخ صدوره من المحكمة الأجنبية. ويلزم المحكوم عليه جيراً بأداء المحكوم به للمحكوم له ولكن دون أن ينقلب إلى حكم وطني لعدم صدوره في الأصل من محكمة وطنية.
إلا أن حقوق الخصوم تمتد اعتباراً من الوقت الذي يحدده الحكم القضائي الأجنبي ولا علاقة لتاريخ صدور حكم المحكمة الأردنية بهذا التحديد، وعلى هذا الأساس تصح المطالبة بالفوائد عن المدة السابقة لصدور قرار التنفيذ^(٤).
وتطبق على الحكم القضائي الأجنبي الذي صدر قرار محكمة البداية الأردنية المختصة بإكسابه قوة التنفيذ، طرق التنفيذ والضمانات المقررة في قانون الإجراء الأردني بغض النظر عما إذا كان القانون الأجنبي للدولة التي صدر من محاكمها الحكم

(١) انظر قرار محكمة التمييز - حقوق رقم ١٩٩١/٣٨ المنشور في مجلة نقابة المحامين. العدد ١٠ و ١١ ص ١٧٣٧، وجاء في قرار آخر لها برقم ١٩٩٤/٢٥٢ م تمييز حقوق منشور في مجلة نقابة المحامين العدد ٣-٤، آذار - نيسان ١٩٩٥ م، السنة ٤٣، ص ٨١٧ (ان الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة هي أعلى مرتبة من القوانين النافذة وانها واجبة التطبيق ولو تعارضت نصوصها مع أحكام هذه القوانين وعليه فإن إبطال محكمة الاستئناف تطبيق اتفاقية الرياض للتعاون القضائي وإصدارها قرارها وفقاً لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية يجعل قرارها مخالفاً للقانون).

(٢) وفي العراق يقدم طلب تنفيذ الحكم الأجنبي إلى محكمة بداءة محل إقامة المحكوم عليه، وإذا لم يكن له محل إقامة في العراق فيقدم الطلب إلى محكمة بداءة بغداد. وفي لبنان يقدم الطلب إلى محكمة الاستئناف، وفي مصر وسوريا يقدم إلى المحكمة الابتدائية، وفي تركيا يقدم إلى المحكمة الأصلية في محل إقامة المحكوم عليه، وإذا لم يكن له محل إقامة في تركيا فيقدم الطلب إلى محكمة أصلية آنقرة أو إسطنبول (انظر بحثنا - تنفيذ الأحكام الأجنبية - المرجع السابق - ص ٢٠٠).

(٣) انظر الدكتور مفلح عواد القضاة - المرجع السابق - ص ١٢٦.

(٤) المرجع السابق ص ١٣٠ - ١٣٣.

لا يأخذ بهذه الطرق والضمانات أو يأخذ ببعضها. لأن هذه الطرق والضمانات تعتبر جزءاً من قواعد التنفيذ التي تتمتع بالصفة الإقليمية.

فإذا كان القانون الأجنبي لا يعرف الحجز على مال معين وكان هذا المال موجوداً في الأردن، والقانون الأردني يقره، أو كان لا يعرف حبس المدين وكان القانون الأردني يجيزه، فإن أحكام القانون الأردني هي التي يجب تطبيقها^(١).

بينما يرى البعض عدم تمتع الحكم القضائي الأجنبي في الدولة المطلوب إليها تنفيذه بضمانات أكثر من التي يقرها قانون المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وهذا الرأي هو الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية^(٢).

ثانياً - اكتساب حجية الشيء المحكوم به:

بعد صدور قرار محكمة البداية الأردنية المختصة بتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي واكتسابه الدرجة القطعية، يحوز الحكم حجية الشيء المحكوم به، أي (يحوز قوة القضية المقضية)، بحيث لا يجوز تعديله أو جرحه أو مراجعته وفحصه مرة أخرى. لأنه من المبادئ العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية أن الحكم الصادر من محكمة وطنية إذا اكتسب الدرجة القطعية لا يجوز رفع دعوى ثانية في موضوعه لدى محكمة أخرى بنفس السبب والموضوع والخصوم كما سبق أن ذكرنا ذلك، وهذا ما يعرف بحجية الشيء المحكوم به أو حجية القضية المقضية أو حجية الأمر المقضي به. ولكن هل هذا الأثر يترتب على قبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي في الأردن وفي الدولة التي صدر الحكم الأجنبي عن محاكمها فقط أم في إقليم الدول الأخرى أيضاً؟ واعتباراً من أي تاريخ؟ هل من تاريخ صدور قرار إكسابه قوة التنفيذ أو من تاريخ صدور الحكم من المحكمة الأجنبية واكتسابه الدرجة القطعية؟

جواب ذلك أشغل الفقهاء وجرحهم إلى مناقشات حادة منذ فترة طويلة. فمن قائل أن الحكم القضائي الأجنبي لا يحوز في هذه الحالة حجية الشيء المحكوم به إلا في إقليم الدولة التي صدر الحكم من محاكمها والدولة التي صدر قرار تنفيذه من محاكمها دون الدول الأخرى ما لم توجد معاهدة أو اتفاقية دولية تقضي بغير ذلك^(٣). لأن قوانين أغلب الدول لا تعترف بحجية القضية المقضية للحكم القضائي الأجنبي إلا بعد صدور القرار بتنفيذه من محاكمها الوطنية واعتباراً من تاريخ صدور هذا القرار واكتسابه الدرجة القطعية، كما في الأردن والعراق وفرنسا وتركيا وإيطاليا، ولأن التشدد في التمسك بهذا الرأي يؤمن حرص الدول على سيادتها، ولكنه في نفس الوقت قد يخل بالمنافع المتبادلة بينها وبين الدول الأخرى ويحرم أصحاب الحق من تنفيذ الأحكام الصادرة بحقوقهم من المحاكم الأجنبية ويحرم المحكوم عليهم الذين يستفيدون من الوضع دون وجه حق.

ولذلك ذهب خصوم هذا الرأي إلى أن الحكم القضائي الأجنبي يشكل في الأصل القضية المقضية ويحوز قوة الشيء المحكوم به لا في إقليم الدولة التي صدر من

(١) المرجع السابق ص ١٣١ - ١٣٣.

(٢) المرجع السابق - ص ١٣١.

(٣) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٤٢٠.

محاكمها والدولة التي أكسبته قوة التنفيذ فحسب، بل في إقليم الدول الأخرى أيضاً. لأن الحقوق المكتسبة في دولة معينة عن طريق العقد أو الفعل هي أساس الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وقوته التنفيذية في الدول الأخرى، وإن إنكار هذه الحقيقة هو إنكار لمبادئ القانون الدولي الخاص، خاصة إذا كانت هذه الحقوق غير مخلة بالنظام العام في الدولة المراد تنفيذه فيها^(١).

وتطبيقاً للرأي الأخير يحوز الحكم القضائي الأجنبي حجية الشيء المحكوم به في الدول الأخرى أصلاً ومباشرة دون حاجة لصدور قرار بتنفيذه من محاكمها بذلك، وهذا ما أخذت به قوانين بعض الدول، مثل إنكلترا والمادة (١٧) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب في العراق لسنة ١٩٣١م المعدل بقولها: (قرارات المحاكم الأجنبية التي يكون قانون دولتها هو القانون الشخصي للمتوفى إذا كانت متعلقة بحقوق الإرث والوصية تعتبر لدى المحاكم العراقية كحجج قطعية للاستدلال بمضامينها على قدر الإمكان مع مراعاة حقوق الدائنين).

فالنص العراقي هذا اعترف بحجية الشيء المحكوم به للحكم القضائي الأجنبي مباشرة في قضايا الإرث والوصية فقط دون حاجة لصدور قرار بتنفيذه من محكمة عراقية، بينما حجية الشيء المحكوم به للحكم القضائي الأجنبي لا تنهض بالنسبة للقضايا المدنية والتجارية في العراق إلا بعد صدور قرار بتنفيذه من المحكمة العراقية المختصة مالم توجد اتفاقية دولية نافذة في العراق تقضي بغير ذلك^(٢).

ثالثاً - اكتساب قوة الإثبات:

ويعتبر الحكم القضائي الأجنبي بعد صدور قرار إكسابه قوة التنفيذ من محكمة البداية الأردنية المختصة دليل إثبات رسمي بشأن ما ورد فيه من أسباب موجبة ووقائع وحقوق، لأنه محرر رسمي تم تنظيمه على يد جهة رسمية، فلا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير، ويمكن الاستناد إليه لإثبات بعض الحقوق^(٣).

(١) انظر بحثنا - تنفيذ الأحكام الأجنبية - المرجع السابق - ص ٢٠٥.

(٢) فمثلاً كانت المادة (٦) من اتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية المعقودة بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٥٢م لا تعترف بحجية القضية المقضية للقرارات الصادرة من محاكم الدول المتعاقدة إلا بعد صدور الأمر بتنفيذها أولاً ثم يتمنع الحكم بحجية الشيء المحكوم به بقولها: (يكون للأحكام التي يقرر تنفيذها في إحدى دول الجامعة العربية نفس القوة التنفيذية التي لها لدى محاكم الدولة طالبة التنفيذ).

بينما ذهبت المادة (٢٢) من اتفاقية المساعدة القانونية والقضائية المعقودة بين العراق ومصر عام ١٩٦٤ إلى عكس هذا الاتجاه حين اعترفت بحجية الشيء المحكوم به للحكم القضائي الصادر من محاكم الدولتين (مصر والعراق) بقولها: (يكون للأحكام الصادرة من محاكم إحدى الدولتين الحائزة لحجية الأمر المقضي نفس الحجية أمام محاكم الدولة الأخرى).

(٣) انظر الدكتور مدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق - ص ٤٢١.

الفصل الثاني

قرار التحكيم الأجنبي

التحكيم هو القضاء المختار كوسيلة ناجحة لفض المنازعات في مجال القانون الخاص عندما يختار أطراف علاقة تعاقدية بعض الأشخاص ليحكموا ويفصلوا في نزاع فعلي يقوم بينهم أو في نزاع من المحتمل أن يقوم بينهم في المستقبل بشأن علاقتهم التعاقدية.

وبناء على ذلك يخرج من مجال موضوعنا التحكيم في حل المنازعات الدولية وفقاً للقانون الدولي العام. لأن التحكيم في الاصطلاح القانوني هو طريقة يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد بطرح النزاع والبت فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم (محكم) دون اللجوء إلى القضاء. أما في الاصطلاح الفقهي، فالتحكيم هو تولية الخصمين محكماً مختاراً بحكم بينهما في علاقتهم الخاصة^(١).

والتحكيم قد يرد في اتفاق خاص، عندما يبرم به عقد خاص يسمى (عقد التحكيم)، وقد ينص عليه كبنود من بنود العقد الذي ينظم رابطة تعاقدية معينة بين المتعاقدين بحيث يصار إلى شرط التحكيم هذا كلما نشأ نزاع بشأن تنفيذ العقد الوارد فيه، فيسمى في هذه الحالة بـ (شرط التحكيم)^(٢).

وقد لا يوجد عقد التحكيم ولا شرط التحكيم وينشأ نزاع معين في رابطة تعاقدية بين المتعاقدين فيتفق الخصوم بمناسبة نشوب هذا النزاع على حله بطريقة التحكيم، فيسمى في هذه الحالة بـ (مشارطة التحكيم).

ويختلف التحكيم عن الخبرة، فالخبرة تعني إعطاء الرأي في مسألة استناداً إلى خبرة الخبير الفنية أو المهنية واختصاصه في الأمور التي يبدي رأيه فيها، وهذا الرأي غير ملزم، بينما قرار المحكم في النزاع بمثابة الحكم القضائي في حسم النزاع ويعد ملزماً وواجب التنفيذ^(٣).

وكذلك يختلف التحكيم عن التوفيق والوساطة من حيث أن قرار المحكم ملزم لأطراف النزاع، بينما رأي مندوب التوفيق أو الوسيط غير ملزم لأطراف النزاع، لأنه ليس إلا مجرد توصية. فهو يحضر مفاوضات تسوية النزاع ويطرح الحلول ولكن بهدف تقريب وجهات النظر المختلفة فقط بين الأطراف المتنازعة، كما هو الحال بالنسبة لدور مندوب التوفيق في حل النزاع العمالي الجماعي بين أصحاب الأعمال ونقابات العمال^(٤).

(١) انظر الدكتور فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الحكمة للطباعة والنشر - بغداد ١٩٦١ ص ٧.

(٢) انظر بحثنا - تنفيذ الأحكام الأجنبية - المرجع السابق - ص ٢٠٦.

(٣) انظر الدكتور فوزي محمد سامي - المرجع السابق - ص ١٨.

(٤) تنص المادة (١٢٠) من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ على أن: (لوزير أن يعين مندوب توفيق أو أكثر من موظفي الوزارة). (لتفاصيل هذا الموضوع - راجع مؤلفنا، شرح قانون العمل الأردني - المرجع السابق - ص ١٧٥ وما بعدها).

وسبب لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم لحل منازعاتهم الخاصة في روابطهم التعاقدية هو تأمين السرعة في الإجراءات وتجنب عرض خلافاتهم على محاكم دولة الطرف الآخر لحسمها، لما في ذلك من تحمل للرسوم والنفقات الباهظة واستغراق الوقت الطويل وعدم الثقة بالنظام القضائي لدولة الطرف المتعاقد الآخر. يضاف إلى ذلك أن الأطراف في التحكيم يختارون الشخص أو الأشخاص الذين يتقنون بهم ويطمنون إلى حكمهم ويرتضون بقراراتهم ويكونون عادة من أهل الخبرة والاختصاص في موضوع النزاع الناشب بينهم، خاصة أن هيئة التحكيم سوف تطبق على النزاع أحكام القانون المختار وتحقق العدالة. ولهذه المزايا التي يتمتع بها التحكيم، فقد اتسع نطاقه وانتشر خاصة في مجال التجارة الدولية، وقامت مراكز ومؤسسات متخصصة في التحكيم^(١)، واهتمت المنظمات الدولية بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي يجب أن تتبع في عملية التحكيم وصدرت قوانين حديثة تعالج مسائل التحكيم في الدول المختلفة وعقدت اتفاقيات دولية وإقليمية جماعية وثنائية للتحكيم التجاري والبحري وكيفية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، مثل اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧م واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م واتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م واتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية المعقودة بين دول الجامعة العربية عام ١٩٥٢م واتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٨٣م واتفاقية المساعدة القانونية والقضائية المعقودة بين مصر والعراق عام ١٩٦٤م... إلخ.

المبحث الأول

طبيعة وقوة قرار التحكيم الأجنبي

اختلف الشراح حول طبيعة وقوة قرار التحكيم الأجنبي، بحيث يرى بعضهم أنه بمثابة الحكم القضائي الأجنبي، لأن الحكم المختار لا يسعى في قراره لتحقيق مصلحة الطرف الذي اختاره فحسب، بل يسعى لتحقيق مصلحة جميع أطراف النزاع ويتصرف بوجدان وقناعة وحياد القاضي، ويصدر حكمه بأسباب مبررة قانونية، ولذلك تكون لحكمه قوة حكم القاضي النظامي، فيتبع بشأن الاعتراف به وتنفيذه نفس إجراءات الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي، وهذا ما أخذت به قوانين بعض الدول، مثل سويسرا وبلجيكا^(٢).

بينما يذهب شراح آخرون إلى عدم وجود صفة قانونية لقرار التحكيم، لأنه يستمد أساسه وقوته من عقد التحكيم ويكون معه كلاً واحداً وأن المحكمين يحكمون بموجب العقد ويستمدون صلاحيتهم منه وقراراتهم قرار وكلاء يرتبط بالعقد ويتممه، بينما الحكم القضائي يصدر عن قضاة يحكمون بموجب القانون ويستمدون صلاحيتهم منه، ولذلك

(١) ومن هذه المؤسسات والمراكز جمعية التحكيم الفرنسية وغرفة التحكيم البحرية في باريس وجمعية التحكيم الأمريكية والمركز التحكيمي للغرفة التجارية الاقتصادية في فيينا ومركز التحكيم في كوالالمبور ومركز التحكيم في بانكوك والمركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة ... إلخ.

(٢) انظر Prof. Dr. Sakir Berki, Tatbiki Devletler Hususi Hukuku. sf. 70

لا محل لتطبيق القواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية على قرار التحكيم الأجنبي^(١)، وهذا ما أخذ به القانون العراقي^(٢). وإننا نعتقد بأنه لا بد من التفرقة بين حالتين: حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم منتخبة من قبل المحكمة النظامية دون تدخل من أطراف النزاع (التحكيم الإلزامي)، وحالة ما إذا كانت هيئة التحكيم مختارة بإرادة أطراف النزاع (التحكيم الاختياري)، بحيث يجب اعتبار قرار التحكيم في الحالة الأولى ذا طبيعة قضائية وبمثابة الحكم القضائي الأجنبي من حيث كيفية الاعتراف به وتنفيذه، واعتباره في الحالة الثانية ذا طبيعة تعاقدية وليس بتمثابة الحكم القضائي الأجنبي من حيث الاعتراف به وتنفيذه في غير الدولة التي صدر فيها ما لم توجد اتفاقية دولية تقضي بخلاف ذلك. وعلى كل حال فإن هذا الموضوع يعتمد في الوقت الحاضر على موقف القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية في كل دولة^(٣).

المبحث الثاني

شروط تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي

تنص المادة الثانية من قانون تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية على أن: (عبارة "الحكم الأجنبي" الواردة في هذا القانون تشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صادر من المحكمة في البلد المذكور). فينبني على هذا النص أن المشرع الأردني قد ساوى بين قرار التحكيم الصادر في بلد أجنبي والحكم القضائي الأجنبي من حيث الشروط الشكلية والموضوعية، وقبل الاعتراف به وتنفيذه في الأردن بنفس الشروط والإجراءات بإضافة شرط آخر، وهو أن يكون قرار التحكيم الأجنبي قابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه.

(١) انظر Rbi Koral, Hususi Hukukuta Miletararasi Hekem Kararlarinin icrasi. Istanbul- 1985. sf. 14

(٢) لم يعترف المشرع العراقي بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه في العراق كوسيلة لغض المنازعات الناتجة عن العقود الدولية، ويتجلى ذلك من كتاب لجنة المتابعة لشؤون النفط وتنفيذ الاتفاقيات المرقم ٩٢٠ والمؤرخ في ١٩٨٣/١٢/٩ الموجه إلى وزارة التخطيط العراقية الذي جاء فيه: (أن شرط التحكيم الدولي إنما يعني التجاوز على مبدأ سيادة العراق وبالتالي الانقاص من قيمة المحاكم العراقية). كما سبق لديوان التدوين القانوني في العراق أن أجاب على طلب انضمام العراق إلى اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي بأن (تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في العراق يلاقي دونه حوائل قانونية وسيادية). إلا أن وزارة التخطيط العراقية قد أقرت مبدأ قبول التحكيم الدولي في العقود على أن يقر ذلك بموافقة مجلس التخطيط (انظر الدكتور فوزي محمد سامي - المرجع السابق - ص ٤٦٤).

(٣) فمثلاً حصرت المادة (٥١٦) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية التركي جواز الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبي وتنفيذه في التحكيم غير المختار، بينما قررت الدائرة التجارية في محكمة التمييز التركية عام ١٩٤٩ إتباع إجراءات الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه في الاعتراف بقرار تحكيم أرجنتيني مختار صادر وفق القانون الأرجنتيني (انظر Istanbul. Bar. Mec. 1948. say 5. sf. 373).

ويقصد (بقرار المحكمين) جميع الأحكام الصادرة عن محكمين مختارين أو معينين للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية وأيضاً الأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف ويتم الاعتراف بها وإكسابها قوة التنفيذ بنفس الإجراءات المتبعة في الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه في الأردن^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف عمان في قرار لها برقم ٨٦/٣٩٢ وتاريخ ١٣/١٠/١٩٨٦م بتصديق حكم محكمة بداية عمان رقم ٨٣/ط/٤٣٧ في ١٩٨٥/٩/٢٩ المتضمن إكساب الحكم الصادر من محكمة التحكيم لبورصة البضائع الدائمة في فينا قوة التنفيذ.

ومما يدل على الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها في الأردن بنوعيتها، انضمامه إلى الاتفاقيات الدولية والعربية التي تجيز ذلك بشرط أن تكون هذه القرارات نهائية وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه إضافة إلى شروط الاعتراف الأخرى لقبول تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الواردة في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢، مثل اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ واتفاقية تنفيذ الأحكام القضائية المعقودة بين دول الجامعة العربية لعام ١٩٥٢ واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٨١ واتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣^(٢).

المبحث الثالث

تنفيذ السندات الرسمية والعادية الأجنبية

لم يرد في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٢٨ حكم خاص بتنظيم تنفيذ السندات الرسمية والعادية الأجنبية في الأردن بخلاف ما أخذت به تشريعات بعض الدول الأخرى، مثل المادة (٣٠) من قانون المرافعات المصري والمادة (٣١) من

(١) انظر الدكتور مفلح عواد القضاة - المرجع السابق - ص ١٣٥.

(٢) اعترفت المادة الأولى من اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧ بحجية قرار التحكيم الصادر بناء على مشاركة تحكيم أو شرط التحكيم وتنفيذها طبقاً للإجراءات المتبعة في الدولة التي يطلب منها التنفيذ. وقبلت المادة (١/١) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ مبدأ الاعتراف بقرارات التحكيم الصادرة في الخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية في الدول المتعاقدة ويجوز أن يكون القرار قد صدر في دولة غير منضمة إلى الاتفاقية ويراد الاعتراف به في دولة أخرى صادقت على الاتفاقية، ولكن المادة الثالثة منها أجازت للدول المتعاقدة عند توقيعها أو تصديقها للاتفاقية أو انضمامها إليها أن تحتفظ على هذا الشرط، وفعلاً تحتفظ الأردن عليه.

واعترفت المادة (٣٧) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ بقرارات المحكمين وتنفيذها لدى أي من الأطراف المتعاقدة بنفس إجراءات الاعتراف بالحكم القضائي العربي وتنفيذه لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ، ولا يجوز للمهينة القضائية المختصة لدى الطرف المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث موضوع التحكيم ولا أن ترفض تنفيذ الحكم إلا في الحالات التالية:

أ- إذا كان الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجوز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم.
ب- إذا كان حكم المحكمين صادراً تنفيذاً لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائياً.
ج- إذا كان المحكمون غير مختصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذي صدر حكم المحكمين على مقتضاه.
د- إذا كان الخصوم لم يظنوا بالحضور على الوجه الصحيح.
هـ- إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ.

قانون أصول المحاكمات السوري، حيث قبلنا جواز الأمر بتنفيذ السندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي بنفس الشروط المقررة لتنفيذها في قانون ذلك البلد الذي تم فيه وبشرط عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب. أما بخصوص السند العادي الأجنبي غير الرسمي، فإن القانونين المصري والسوري لا يعتبرانه سنداً تنفيذياً^(١). ولما كان الأردن قد قبل هذا المبدأ في الاتفاقيات الدولية والعربية التي انضم إليها، فإن حكم السندات الرسمية والعادية الأجنبية قد يكون كحكم السندات الوطنية العادية ويمكن تنفيذها في الأردن عن طريق دائرة الإجراء مباشرة إذا كانت تتضمن ديناً ثابتاً^(٢)، باعتبار أن المادة الثانية من قانون ذيل قانون الإجراء رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٥ قد قبلت تنفيذ الديون الثابتة بالكتابة بواسطة هذه الدائرة دون تعليق ذلك على إنشاء السند في الأردن شريطة أن يتوافر فيها ذات الشروط بشأن السندات الرسمية والعادية الأردنية.

(١) تنص المادة (٣٦) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي على أن (السندات التنفيذية لدى الطرف المتعاقد التي أبرمت في إقليمه يؤمر بتنفيذها لدى الأطراف المتعاقدة الأخرى طبقاً للإجراءات المتبعة بالنسبة للأحكام القضائية إذا كانت خاضعة لتلك الإجراءات وبشروط ألا يكون في تنفيذها ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو الدستور أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ. ويتعين على الجهة التي تطلب الاعتراف بسند موثق وتنفيذه لدى الطرف المتعاقد الآخر أن تقدم صورة رسمية منه مختمة بخاتم الموثق أو مكتب التوثيق مصدقاً عليها، أو شهادة صادرة منه تفيد أن المستند حائز لقوة المستند التنفيذية... إلخ.

(٢) انظر الدكتور مفلح عواد القضاة - المرجع السابق - ص ١٣٦.

ملاحق

تضم هذه الملاحق نصوص قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٧ ومذكرات تفسيرها من المادة (١١) إلى المادة (٢٩)، وكذلك المادة ١٠١ و ١٠٢ منه، وقانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١، وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢، وقانون المقاطعة الاقتصادية وحظر التعامل مع العدو رقم ١١ لسنة ١٩٩٥، والمادة (١/١٠٣) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢، والمواد (٢٧) و (٢٨) و (٢٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م.

أولاً- قواعد التنازع في القانون المدني الأردني ومذكرات إيضاحها.

المادة ١١- القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها. المذكرة الإيضاحية:

تقضي هذه المادة بوجوب رجوع المحاكم إلى القانون الأردني في تكييف الروابط القانونية تمثيلاً مع الرأي الذي كاد ينعقد الإجماع عليه في الوقت الحاضر ويراعى من ناحية أن للنص على هذا الحل أهمية خاصة في الأردن بسبب توزيع ولاية القضاء بين محاكم مختلفة. وينبغي أن يفهم من وجوب رجوع المحاكم الأردنية إلى قانونها في مسائل التكييف إلزامها بالرجوع إلى القانون الأردني في جملته. بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيأ كان مصدر هذه القواعد، دون أن تقتصر على الأحكام التي تختص بتطبيقها وفقاً لتوزيع ولاية القضاء بين المحاكم المختلفة. ويراعى من ناحية أخرى أن تطبيق القانون الأردني بوصفه قانوناً للقاضي في مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة (نوع) من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو بالمواريث والوصايا أو بمركز الأموال. ومتى تم هذا التحديد انتهت مهمة قانون القاضي إذ تعين القانون الواجب تطبيقه. فلا يكون للقاضي إلا أن يعمل أحكام هذا القانون وقد استرشد المشروع في صياغة القاعدة الواردة في هذه المادة بالقانون المدني المصري والسوري والعراقي.

ويلاحظ أنه أضيفت في عجز هذه المادة عبارة (لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها) زيادة في الإيضاح لتعيين الحدود التي يقف عندها اختصاص قانون القاضي في التكييف.

المادة ١٢- ١- يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم. ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته. ٢- أما النظام القانوني للأشخاص الحكمية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص

مركز إدارتها الرئيسي الفعلي فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية الهاشمية فإن القانون الأردني هو الذي يسري.

المذكرة الإيضاحية:

تعين الفقرة الأولى من هذه المادة القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم ويقصد بالحالة جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته وهي صفات تقوم على أسس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة أو على أسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية. وينصرف اصطلاح الأهلية في هذا المقام إلى أهلية الأداء وحدها أي صلاحية الشخص للالتزام بمقتضى التصرفات الإرادية وهذه الصلاحية تتصل اتصالاً وثيقاً بالحالة. وقد أخضع المشروع حالة الأشخاص وأهليتهم لقانون الجنسية.

هذا وقد تضمنت الفقرة الأولى استثناء يتعلق بالأهلية - مؤداه أن الأجنبي الذي يعقد تصرفاً مالياً لا يكون أهلاً للالتزام به وفقاً لقانون جنسيته يعتبر أهلاً لذلك متى كان هذا هو حكم القانون الأردني فيما يتعلق بالوطنيين. وقد رُئي أن يتضمن المشروع هذا الحكم الاستثنائي لأن من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملماً بالقواعد المتعلقة بأهليته وبوجه خاص متى كان مظهره لا يدع محلاً للشك في كمال هذه الأهلية. وتعرضت الفقرة الثانية للنظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فتوجب تطبيق قانون الدولة التي تتخذ فيها هذه الأشخاص مقر إدارتها الرئيسي الفعلي ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في المملكة الأردنية فإن القانون الأردني هو الذي يسري.

المادة ١٣-١- يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين.

٢- أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين.

المادة ١٤-١- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.

٢- أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المادة ١٥- في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

المذكرة الإيضاحية:

إن هذه المواد الثلاثة عينت القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بانعقاد الزواج من حيث الموضوع والشكل وبالعلاقات الزوجيين شخصية كانت أو مالية، وبالإجراءات التي تتبع في شأن مسائل خاصة تعرض بمناسبة دعاوي الطلاق والانفصال.

وتتناول المادة (١٣) كيفية انعقاد الزواج فتقضي في فقرتها الأولى بوجوب تطبيق قانون كل من الزوجين فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج وهذه قاعدة تقرر في المادة الأولى من اتفاقية لاهاي المعقودة في ١٣ يونيو سنة ١٩٠٢ وأخذت بها أكثر التشريعات. أما من حيث الشكل فيكون الزواج صحيحاً وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة متى روعيت أوضاع البلد الذي تم فيه أو الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين، وقد استمد المشروع هذا الحكم من المادتين ٦ و ٧ من اتفاقية لاهاي التي تقدمت الإشارة إليها. وإذا كان في نص المادة (٢١) من المشروع وهي الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بالشكل بوجه عام ما يسد هذا النقص إلا أنه رؤي أفراد فقرة قائمة بذاتها في المادة (١٣) نظراً لأهمية القاعدة بالنسبة إلى الزواج.

ويلاحظ أن القانون الأردني يتضمن أوضاعاً مختلفة فيما يتعلق بالشكل: فهناك الأوضاع المقررة في الشريعة الإسلامية، وهناك الأوضاع المقررة في نظم الطوائف غير الإسلامية، إلا أن هذه الأوضاع الأخيرة لا ينعقد الزواج صحيحاً وعلى وفقها إذا كان أحد الزوجين مسلماً أو كان كلا الزوجين غير تابع للكنيسة التي يعقد الزواج أمامها.

وأن المادة (١٤) قررت حكم الاختصاص التشريعي بالنسبة إلى الآثار التي يربتها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال فتخضع كل ذلك لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وهو يتفق مع أحكام كثير من التشريعات الحديثة في هذا الشأن. أما الطلاق فله حكم آخر غير حكم الزواج إذ يخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، أما التطليق والانفصال فيطبق عليهما قانون الزوج وقت رفع الدعوى.

وقد رؤي استثناء حالة ما إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج فيطبق القانون الأردني رعاية لقواعد القانون الأردني في شأن الزواج، أما مسألة الأهلية للزواج فيرجع فيها بالنسبة إلى كل من الزوجين إلى قانون جنسيته.

المادة ١٦- يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب، قانون المدين بها.
المذكورة الإيضاحية:

ان هذه المادة تتناول الالتزام بالنفقة بين الأقارب فتوجب تطبيق قانون المدين بها وان هذا النص مقصور على نفقة الأقارب ولا يشمل نفقة الزوجية التي تنظمها أحكام المواد السابقة على اعتبار انها من آثار الزواج.
المادة ١٧- يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.

المذكورة الإيضاحية:

قصد في هذه المادة التعميم في التعبير حتى تصبح هذه الأحكام شاملة لجميع النظم الموضوعية لحماية عديمي الأهلية والمفقودين دون أن يقتصر على الولاية والوصاية والقوامة وقد اسند الاختصاص التشريعي فيما يتعلق بهذه النظم إلى قانون عديم الأهلية أو المحجور بوجه عام لأنه أقدر القوانين بتوفير أسباب الحماية له. أما الإجراءات الواجب إتباعها في مسائل الوصاية والقوامة وما إليها، فيطبق في شأنها القانون الأردني دون غيره.

المادة ١٨ - ١- يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته.
٢- ويسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

المذكرة الإيضاحية:

تختتم هذه المادة طائفة النصوص المتعلقة بولاية القانون الشخصي وهي تتضمن أحكام المواريث والوصايا والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بوجه عام وتنتهي بحكم عام يتعلق باقتسام الاختصاص بين قواعد الإجراءات والقواعد الموضوعية.
وقد أفرد المشرع المادة (١٨) للمواريث والوصايا وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وقرر أنه في الناحية الموضوعية يسري عليها قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف المضاف إلى ما بعد الموت عند الموت لا عند صدور التصرف وفي الناحية الشكلية يسري عليها قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذا قانون المتصرف وقت التصرف أو قانون البلد الذي تم فيه التصرف المضاف إلى ما بعد الموت. فالنص أراد مواجهة جميع التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

المادة ١٩- يسري على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي وجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيابة والملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

المذكرة الإيضاحية:

قاعدة خضوع نظام الأموال لقانون موقعها كانت تستخلص من التشريعات العثمانية القديمة (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جزء ١ صفحة ٢٧٧) ولكن رأى المشروع أن ينص عليها فنص في المادة (١٩) على أن مسائل الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى يسري في شأنها قانون الموقع فيما يختص بالعقار أما بالنسبة للمنقول فيسري قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحيابة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

ويلاحظ أن نص المشروع لا يخص العقار وحده بالذكر بل يتناول المنقول أيضاً ولكنه يقتصر على ذكر الملكية والحقوق العينية الأخرى دون الحقوق الشخصية وجعل الاختصاص لقانون الجهة التي يوجد فيها وقت وقوع الأمر الذي أفضى إلى ترتيب أو زوال الحق العيني.

ويلاحظ أيضاً أن طرق كسب الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها تخضع بوصفها من أسباب اكتساب الملكية لقانون موقع المال بعموم عبارة (يسري على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار...) فإذا كان قانون موقع المال يقضي مثلاً بأن الوصية لا تنقل الملكية في العقار إلا بالتسجيل فيجب تطبيق

هذا القانون وبذلك لا يكون هناك تناقض بين هذه المادة والمادة التي سبقتها (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري جزء ١ صفحة ٢٨٢-٢٨٣).

المادة ٢٠-١- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.

٢- على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار.

المذكرة الإيضاحية:

ان المشروع تعرض للقاعدة العامة في الالتزامات التعاقدية ولصور خاصة من صور العقود وتنفيذها ثم قرر في نهايتها القاعدة الخاصة بوجوب احترام القواعد الأمرة في حدود معينة ويراعي بادئ ذي بدء أن فقه القانون الدولي الخاص لا يزال غير مستقر فيما يتعلق بتعيين القانون الواجب تطبيقه في شأن الالتزامات التعاقدية لتنوع صور العقود وتباين القواعد التي تسري عليها من حيث أركان الانعقاد وشروط وترتيب الآثار.

ولذلك توخى المشروع تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقراراً في نطاق التشريع. فقرر في المادة (٢٠) أن الالتزامات التعاقدية يسري عليها القانون الذي يقرر المتعاقدان الخضوع لأحكامه صراحة أو ضمناً مع مراعاة الأحكام المقررة في المادتين (٢٠) و (٢١) وهذا حكم عام يمكن سلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب تطبيقه على العقد وهي وحدة لا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها.

ويلاحظ أن المشروع قد اختار صيغة مرنة لا تقطع على القضاء سبيل الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل في حركة الفقه. وقد قرن المشروع هذه الصيغة بنصوص خاصة بعضها يعين اختصاصاً تشريعياً أمراً بالنسبة لعقود معينة وبعضها يضع قرائن يستخلص منها الإرادة عند عدم الاتفاق وبعض آخر يعين اختصاصاً تشريعياً لمسائل تتعلق بتنفيذ العقود.

المادة ٢١- تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

المذكرة الإيضاحية:

تتناول هذه المادة الأحكام المتعلقة بشكل العقود وهي تبدأ في صدرها بوضع القاعدة العامة في هذا الشأن فتنص على أن جميع العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه وهذه هي القاعدة التقليدية التي جرى العرف بها منذ عهد بعيد ونصت عليها صراحة أكثر التشريعات الأجنبية وأخذ بها القضاء المصري رغم أنها غير مقررة بنص تشريعي. وتتناول هذه القاعدة كل العقود أي التصرفات التي تتم بإرادتين ومنها الهبة ولكن يرد على إطلاقها قيد هو أنها تقتصر على العقود بين الأحياء وبذلك تخرج الوصية وسائر التصرفات التي تضاف إلى ما بعد الموت وقد تناولت هذه التصرفات المادة (١٨).

على أن المشروع أجاز أيضاً إخضاع العقود المتقدم ذكرها من حيث الشكل للقانون الذي يسري على شروط صحة العقد وآثاره أو لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك وبهذا لا يكون ثمة محل للخلاف في طبيعة اختصاص قانون محل الانعقاد وهل هو اختصاص مقرر بقاعدة أمرة أم مؤسس على اعتبارات علمية. وإيراد الحكم على هذا الوجه قد روعي فيه أن اختصاص قانون بلد انعقاد التصرف قد بني على الضرورات العلمية فإذا كان في وسع من صدر منهم العقد أن يستوفوا إجراءات جنسيتهم المشتركة أو موطنهم المشترك فلا يجوز أن يمنعوا من ذلك ولا سيما أن اختصاص ثاني هذه القوانين أقرب إلى طبيعة الأشياء وأكفل بتحقيق وحدة القانون الذي يسري على العقد.

وتورد المادة في فقرتها الثانية استثناء يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار فتتص على أن أحكام الفقرة السابقة لا تسري فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج والتي تكون مشروعة في المملكة الأردنية الهاشمية وإن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه لأن إلحاق وصف المشروعية بواقعة من الوقائع أو نفي هذا الوصف يتعلق بالنظام العام.

المادة ٢٢- ١- يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

٢- ولا تسري أحكام الفقرة السابقة بالنسبة إلى الالتزامات الناشئة عن

الفعل الضار على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في

المملكة الأردنية الهاشمية وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي

وقعت فيه.

المذكرة الإيضاحية:

بعد أن بسط المشرع أحكام الالتزامات التعاقدية في النصوص المتقدمة عرض في المادة ٢٢ للالتزامات غير التعاقدية فضمن فقرتها الأولى القاعدة العامة وخص الثانية بتفصيل يتعلق بالفعل الضار، وتحتصر القاعدة العامة في خضوع الالتزامات غير التعاقدية بوجه عام سواء أكان مصدرها الفعل الضار أم الإثراء دون سبب مشروع لقانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام ولا تدخل الالتزامات المترتبة على نص القانون مباشرة في نطاق النص لأن القانون نفسه هو الذي يتكفل بتقريرها وتعيين من يلتزم بها دون أن يضع لذلك ضابطاً معيناً أو قاعدة عامة.

المادة ٢٣- يسري قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر في إجراءاتها على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي.

المذكرة الإيضاحية:

إن هذه المادة تتناول قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي وقررت أن يسري عليها قانون البلد الذي تباشر فيه. وهذا حكم عام يقوم على اتصال هذه الإجراءات وتلك القواعد بالنظام العام. وقد تقدمت الإشارة إلى كثير من تطبيقاته من قبل ولاحظ أن تعبير الاختصاص ينصرف إلى ولاية المحكمة كما ينصرف إلى الاختصاص النوعي والمكاني والشخصي وأن تعبير الإجراءات يشمل جميع الأوضاع التي تتبع أمام المحاكم لاستصدار

أمر ولائي أو حكم قضائي مباشرة إجراءات التنفيذ وغيرها من الإجراءات التي رسمها القانون.

المادة ٢٤- لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها.

المذكرة الإيضاحية:

تواجه هذه النصوص المتعاقبة (٢٤ وما بعدها) مشاكل تعرض بصدد تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص التي قررتها النصوص السابقة. فقد تكون هذه القواعد مخالفة لحكم مقرر بمقتضى نص خاص أو بمقتضى معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية وقد تعرض أمراً لا حكم له في تلك القواعد ولا في نص أو معاهدة خاصة وقد تقضي قاعدة بوجوب تطبيق قانون جنسية الشخص ولكن هذا الشخص لا تعرف له جنسية أو تتعدد جنسياته وأخيراً قد يتعارض تطبيق أحكام القوانين الأجنبية مع النظام العام أو الآداب.

وقد نصت هذه المادة على أن أحكام المواد السابقة لا تسري إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الأردن وهذا الحكم يتمشى مع القواعد العامة في تفسير النصوص وفي فقه القانون الدولي الخاص. فقواعد التفسير تقضي بأن الحكم الخاص يحد من إطلاق الحكم العام بالنسبة إلى الحالة التي أريد التخصيص في شأنها. أما المعاهدات فلا تكون نافذة في الأردن إلا إذا صدر تشريع يقضي بذلك (تراجع المادة ٣٣-١ من الدستور) ومتى صدر هذا التشريع وجب إمضاء أحكام المعاهدة وفقاً لما استقر عليه الفقه ولو تعارضت مع القواعد التي تقدمت الإشارة إليها.

المادة ٢٥- تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين.

المذكرة الإيضاحية:

تواجه المادة (٢٥) حالة عدم وجود نص في شأن حالة من أحوال تنازع القوانين وتحيل في ذلك إلى مبادئ القانون الدولي الخاص وهو ما تقرره المادة ١٠٣-١ من الدستور الأردني إذ تنص على أنه: "في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في الأمور الحقوقية أو التجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون".

المادة ٢٦- تعيين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة مجهولي الجنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية أخرى فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه.

المذكرة الإيضاحية:

يعرض المشروع في الفقرة الأولى من هذه المادة إلى حالتين التنازع السلبي (عدم وجود جنسية للشخص) والتنازع الإيجابي للجنسية (تعدد جنسيات الشخص) فتتص على أن المحكمة تعين القانون الذي يجب تطبيقه دون أن تقيد في هذا التعيين بقيد. وفي الفقرة الثانية نصت على تغليب الجنسية الأردنية عند تراحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع

بها شخص واحد وهذا مبدأ عام استقر في العرف الدولي باعتبار أن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل أن تحتكم الدولة في شأنها لغير قانونها. ويراعى أن تخويل المحكمة سلطة التقدير وفقاً لأحكام الفقرة الأولى خير من تقييده بضوابط تحد من اجتهادها والغالب أن تعتد المحكمة في حالة التنازع السلبي للجنسية بقانون الشخص أو محل إقامته وهو القانون الأردني في أكثر الفروض وأن تعتد في حالة التنازع الإيجابي متى كانت الجنسية الأردنية غير داخلية في النزاع بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها.

المادة ٢٧- إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها.

المذكرة الإيضاحية:

تواجه المادة (٢٧) حالة تعدد الشرائع التي يتكون منها القانون الواجب تطبيقه في دولة معينة (كتعدد القوانين التي تطبق في شأن الزواج مثلاً بتعدد الطوائف) وتقضي في هذه الحالة بأن القانون الداخلي لهذه الدولة هو الذي يعين الشريعة التي يجب تطبيقها من بين هذه الشرائع وقد استمد المشروع الحكم الوارد في هذه المبادئ مما استقر عليه الرأي في الفقه أو القضاء بوجه عام.

ويراعى أن هذا الحكم يختلف عن حكم الإحالة، ولو أن بعض الفقهاء يطلق على هذه الصورة الأخيرة اسم (الإحالة الداخلية) والواقع أن الإحالة بمعناها العام تثبت فيها الولاية لقانون دولة معينة، ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر، أما الإحالة الداخلية فلا يتخلى فيها قانون الدولة عن ولايته، وإنما هذه الولاية تكون موزعة بين شرائع متعددة ويكون من المتعين أن يرجع إلى القانون الداخلي في هذه الدولة لتعيين الشريعة الواجب تطبيقها من بين تلك الشرائع، وبعبارة أخرى يتخلى قانون الدولة عن اختصاصه في الإحالة ويرد هذا الاختصاص إلى قانون دولة أخرى بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد الخاصة بتنظيم التنازع الدولي ما بين القوانين، أما في الإحالة الداخلية فلا يتخلى قانون الدولة عن اختصاصه وإنما يعين من بين الشرائع المطبقة فيها شريعة يوجب تطبيقها بمقتضى قاعدة من قواعد تنظيم التنازع الداخلي ما بين القوانين.

المادة ٢٨- إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

المذكرة الإيضاحية:

تنص المادة (٢٨) على وجوب تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي تقضي النصوص التالية بتطبيقه دون القواعد التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص وهي بهذا لا تجيز الأخذ بفكرة الإحالة.

ولم يهجم المشروع نهج بعض التشريعات في إجازة الإحالة إذا كان من شأنها أن تفضي إلى تطبيق القانون الوطني أو في إجازة الإحالة إطلاقاً ذلك أن قاعدة الإسناد، حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين، تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أياً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة.

المادة ٢٩- لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية.
المذكرة الإيضاحية:

تنص المادة (٢٩) على أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية وهذا الحكم انعقد عليه الإجماع وحذا المشروع في تقنينه حذو كثير من التشريعات الأجنبية وينبغي التنبه بأن إعمال فكرة النظام العام والآداب لترتيب الأمر الذي تقدمت الإشارة إليه فيما يتعلق باستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، يختلف عن إعمال هذه الفكرة في نطاق روابط الالتزامات التي لا يدخل في تكوينها عنصر أجنبي.

ثانياً- المادة ١٠١ والمادة ١٠٢ من القانون المدني

المادة ١٠١- إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

المادة ١٠٢- يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس.

ثالثاً- قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين

رقم ٨ لسنة ١٩٤١

المادة ١- يسمى هذا القانون (قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين) ويعمل به بعد مرور شهر على نشره في الجريدة الرسمية. ويسري حكمه على أية شركة لا تكون قد وزعت فعلاً حين العمل به.

المادة ٢- في هذا القانون مالم تتطلب القرينة غير ذلك يكون معنى ذيل الوصية، وثيقة خطية متعلقة بوصية وهي كالوصية توضح سند التصرف بالشركة أو تضيف إليه أو تلغيه كله أو تلغي أي قسم منه.

ومعنى "أجنبي" شخص "غير أردني التابعية".

وتشمل "الأموال غير المنقولة" الأراضي الأميرية والأراضي المملوكة.

وتشمل "الأراضي الأميرية" الأراضي الموقوفة وجميع الأراضي الأخرى التي تسري عليها صراحة أحكام القانون العثماني كما هو معروف في هذا القانون، كما تشمل أيضاً أي حق مسجل في هذه الأراضي.

وتشمل "الأموال المنقولة" جميع الأموال ما عدا غير المنقولة منها وتشمل بصورة خاصة الغلال والحاصلات الثابتة وإن كانت لا تزال غير مجانية من الأرض أو الشجر.

وتشمل "الأراضي المملوكة" جميع الأراضي القابلة لأن تورث أو أي حق فيها على أن تكون أراضي أميرية. وتشمل "الأموال" الأموال المنقولة وغير المنقولة على السواء.

ومعنى "القانون العثماني" الترجمة العربية لقانون انتقال الأموال غير المنقولة المؤقت المؤرخ ٣ ربيع الآخر ١٣٣١ كما هي مدرجة في الجدول الملحق بهذا القانون ومعنى "وصية" تصريح قانوني خطي يتضمن مشيئة الموصي في كيفية التصرف بأمواله بعد وفاته وتشمل ذيل الوصية.

المادة ٣- تكون للمحاكم البدائية صلاحية النظر في الأمور المتعلقة بتصديق الوصايا أو بوراثة الأموال في شرق الأردن أو بما ينشأ من خلاف حول وصية أو حول مثل هذه الوراثة وذلك في جميع الحالات التي لم يصرح القانون بإعطاء صلاحية النظر فيها إلى محكمة أخرى. ومع مراعاة أحكام المادة الخامسة من هذا القانون تنفرد تلك المحاكم بالصلاحية في جميع الحالات إذا كان المتوفى أجنبياً.

المادة ٤- مع مراعاة أحكام المادة التاسعة من هذا القانون تقوم المحكمة البدائية بتوزيع أموال الأجنبي بحسب القواعد التالية:

- (أ) توزيع الأموال المنقولة التي خلفها المتوفى حسب قانون بلاده.
- (ب) تقرر صفة الوصية التي تركها المتوفى من حيث شكلها أو أهليته لعملها حسب قانون بلاده على أنه إذا كانت الوصية معمولة بشكل مدني بمقتضى هذا القانون فإنها تعتبر صحيحة في جميع الأحوال.
- (ج) إذا كان قانون البلاد التي ينتمي إليها المتوفى ينص على تطبيق قانون محل الإقامة أو القانون الديني يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة.

بشرط أنه إذا كان قانون بلاده ينص على تطبيق قانون محل الإقامة أو القانون الديني ولم يكن في القانونين المذكورين قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص فالقانون الواجب تطبيقه هو قانون بلاده ويشترط كذلك إذا كان قانون بلاده لا ينص على قواعد يمكن تطبيقها على الشخص المختص أن يطبق القانون العثماني.

المادة ٥- في أية حالة يكون فيها الأجنبي المتوفى عند وفاته مسلماً ويكون قانون بلاده قد نص على تطبيق الشرع الإسلامي فيما يتعلق بتوزيع أمواله أو منتمياً إلى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني يجوز لرئيس المحكمة البدائية أن يحيل أمر إدارة أموال هذا الشخص وتوزيعها على المحكمة الدينية ذات الاختصاص إذا هو استوصب ذلك ورأه عدلاً.

المادة ٦- مع مراعاة أحكام المادتين الرابعة والتاسعة من هذا القانون يترتب على المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية لدى قيامها بإدارة أموال المتوفى وتوزيعها أن تتبع القواعد التالية:

- (أ) إذا كانت أرملة المتوفى حاملاً عند وفاته فلا توزع أمواله إلا بعد الولادة.
- (ب) لا يجوز للموصي أن يتصرف بأكثر من ثلث أمواله بوصية وتتبع التعليمات المذكورة في وصيته فيما يتعلق بهذا الثلث.

(ج) إذا كان الموصي عند وفاته منتمياً إلى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني تقرر صحة أية وصية تركها من حيث شكلها أو أهليته لعملها بمقتضى قانون مجلس الطائفة الديني المذكورة على أنه إذا كانت الوصية معمولة بشكل مدني بمقتضى هذا القانون فإنها تعتبر صحيحة في جميع الأحوال.

(د) إذا لم يكن الموصي عند وفاته منتمياً إلى طائفة دينية غير مسلمة لها مجلس طائفة ديني فتقرر صحة أية وصية تركها من حيث شكلها وأهليته لعملها بمقتضى هذا القانون.

(هـ) تطبيق أحكام القانون العثماني في توزيع جميع التركة عندما لا يترك المتوفى وصية. وفي توزيع ما لم يتصرف به أو تصرف به بصورة غير مشروعة في وصيته من الأموال التي خلفها إذا هو ترك وصية.

المادة ٧- تعتبر الوصية الموضوعية بشكل مدني صحيحة إذا توفرت فيها الشروط التالية:

(أ) أن تكون الوصية مكتوبة وموقعاً عليها أو مختومة في نهايتها من قبل الموصي أو أي شخص آخر عهد إليه الموصي بذلك وفي كلتا الحالتين يجب أن يتم التوقيع أو الختم بحضور شاهدين على الأقل يشهدان معاً على الوصية بحضور الموصي وأن يكونا سليمي العقل عند عمل الوصية وقد بلغا الثامنة عشر من العمر.

(ب) أن لا يكون الموصي دون الثامنة عشرة من العمر عند عمل الوصية وأن لا يكون مصاباً بعاقة في عقله.

(ج) أن لا يكون الموصي قد حمل على الوصية بالاحتيال أو بتأثير غير مشروع.

المادة ٨- لا يحق لأي شخص أن ينال منفعة بموجب وصية معمولة بشكل مدني إذا كان أحد الذين شهدوا عليها.

المادة ٩- المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة تقرر في جميع الأحوال حقوق وراثته الأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن بمقتضى أحكام قوانين شرق الأردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة، ويجب أن تطبق هذه الأحكام بصرف النظر عن أي تصرف قام به المتوفى أو وكالة أعطاهها بقصد التنفيذ بعد وفاته سواء أكان ذلك بوصية أو بطريقة أخرى.

المادة ١٠- إذا ظهر أن شخصاً دون الثامنة عشرة من العمر له حق في أموال شخص متوفى تديرها محكمة بدائية فيجوز للمحكمة أن تصدر الأمر الذي تراه مناسباً للمحافظة على حق هذا الشخص ويجوز بصورة خاصة أن تصدر أوامر:

(أ) بتفويض بيع أو إيجار حصة هذا الشخص أو أي قسم منها.
(ب) ببيان كيفية استعمال أو استثمار هذه الحصة أو ريعها.
(ج) ببيان كيفية دفع مبالغ من أصل رأس المال أو من الريع لإعالة هذا الشخص أو لمنفعته.

(د) بتعيين من يقوم مقام هذا الشخص في أية إجراءات.

المادة ١١- في أية إجراءات لدى محكمة بدائية أو مجلس طائفة ديني لا تكون جنسية أي شخص أو عقيدته الدينية وحدهما سبباً في اعتباره فاقد الأهلية القانونية لنيل حصة في أي تركة أو نيل ما يصيبه بمقتضى أية وصية.

المادة ١٢- إذا كانت أموال المتوفى التي تديرها محكمة بدائية أو مجلس طائفة ديني تشمل أموالاً غير منقولة فعلى المحكمة أو المجلس أن يوعز بتدوين مذكرة بذلك في الحال في دائرة التسجيل ولا يحق لمدير الأراضي بعد ذلك القيد أن يدون في السجل أية قيود جديدة تتعلق بحقوق أشخاص في الأموال المذكورة إلا بأمر من تلك المحكمة أو ذلك المجلس.

إذا أحالت محكمة بدائية أي شأن من شؤون الإدارة على محكمة دينية بمقتضى المادة الخامسة من هذا القانون فيترتب على المحكمة البدائية المذكورة أن تعلم دائرة التسجيل بهذه الإحالة ويقوم أمر هذه المحكمة الدينية حينئذ مقام أمر المحكمة البدائية.

المادة ١٣- كل من يدعي أن له حقاً في أية حصة من أموال غير منقولة تؤلف جزءاً من تركة تديرها محكمة بدائية أو مجلس طائفة ديني يجوز له أن يطلب إلى مدير الأراضي أن يقيد اسمه في السجل من أجل حصته ويتم هذا القيد بناء على ذلك عند دفعه الرسوم المعنية وإبرازه أمر للمدير من المحكمة أو المجلس.

ويجوز للمدير المذكور أن يرفض القيد بمقتضى ذلك الأمر في أية حالة إذا كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بأن الأشخاص الذين يحق لهم قيد أسمائهم كورثة بموجب ذلك الأمر ليسوا الورثة الوحيدين للمتوفى إلا إذا نص في الأمر المذكور على أنه يحوي أسماء جميع الأشخاص المعروفين عندئذ بأنهم ورثة المتوفى. وإذا كان لدى مدير الأراضي ما يدعوه للشك فيما كان للمحكمة أو المجلس الذي أصدر الأمر المذكور صلاحية إصداره فيجوز له أن يحيل المسألة على المحكمة المؤلفة بموجب قانون مجالس الطوائف الدينية غير المسلمة لتعيين المرجع في قضايا الاختلاف على الوظيفة وعليه أن يدون في السجل مذكرة بالطلب والإحالة.

المادة ١٤- لمجلس الوزراء بموافقة سمو الأمير المعظم أن يضع من وقت إلى آخر أنظمة بشأن الأمور التالية وله أن يغيرها أو يلغيها:

(أ) الأصول الواجب إتباعها في إجراءات المحاكم البدائية لإدارة تركة الأشخاص المتوفين والرسوم التي يجب أن تدفع والنفقات التي يسمح بها في هذه الإجراءات.

(ب) صلاحية كل محكمة بدائية بشأن الإجراءات لإدارة التركة.

(ج) الأصول الواجب إتباعها في دائرة التسجيل فيما يتعلق بقيد أسماء أشخاص في السجل يستحقون حصة في الأموال غير المنقولة التي تؤلف جزءاً من التركة.

(د) استثمار حصص القاصرين أو حقوقهم والتصرف بها.

(هـ) أية مسألة أخرى تتطلب نظاماً بمقتضى هذا القانون.
المادة ١٥- يلغى ما ناقض أحكام هذا القانون من أحكام أي قانون آخر.

رابعاً- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية

رقم ٨ لسنة ١٩٥٢

- المادة ١- يسمى هذا القانون (قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٢) ويعمل به بعد مرور شهر على نشره في الجريدة الرسمية.
- المادة ٢- تعني عبارة (الحكم الأجنبي) الواردة في هذا القانون كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الأردنية الهاشمية (بما في ذلك المحاكم الدينية) يتعلق في إجراءات حقوقية ويقضي بدفع مبلغ من المال أو الحكم بعين منقولة أو تصفية حساب ويشمل قرار المحكمين في إجراءات التحكيم إذا كان ذلك القرار قد أصبح بحكم القانون المعمول به في البلد الذي جرى فيه التحكيم قابلاً للتنفيذ كقرار صدر من المحكمة في البلد المذكور.
- المادة ٣- يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في المملكة الأردنية الهاشمية بإقامة دعوى لتنفيذه أمام محكمة بدائية.
- المادة ٤- تقام الدعوى بطلب تنفيذ حكم أجنبي باستدعاء يقدم إلى المحكمة البدائية التي يقيم المحكوم عليه ضمن صلاحيتها أو المحكمة التي تقع ضمن صلاحيتها أملاك المحكوم عليه التي يرغب في تنفيذ الحكم عليها إذا كان المحكوم عليه لا يقيم في المملكة الأردنية الهاشمية.
- المادة ٥- يجوز للمحكمة أن تبلغ الأشخاص المقيمين خارج دائرة اختصاصها بموجب شروط تستصوبها مع مراعاة أصول المحاكمات الحقوقية.
- المادة ٦- يترتب على المحكوم له أن يقدم إلى المحكمة صورة مصدقة عن الحكم المطلوب تنفيذه مع صور مصدقة عن ترجمتها إذا كان الحكم بغير اللغة العربية وصورة أخرى لتبليغها للمحكوم عليه.
- المادة ٧- ١: يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب المرفوع إليها لتنفيذ حكم أجنبي في الأحوال التالية:

- أ- إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة.
- ب- إذا كان المحكوم عليه لم يتعاط أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصدرت الحكم أو لم يكن مقيماً داخل قضائها ولم يحضر باختياره أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحيتها.
- ج- إذا كان المحكوم عليه لم يبلغ بمذكرة الحضور من المحكمة التي أصدرت الحكم ولم يحضر أمامها رغماً عن كونه كان يقطن داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة أو كان يتعاطى أعماله فيه، أو
- د- إذا كان الحكم قد حصل عليه بطريق الاحتيال.
- هـ- إذا أفتع المحكوم عليه المحكمة بأن الحكم لم يكتسب بعد الصورة القطعية، أو

و- إذا كان الحكم بسبب دعوى لا تسمعها محاكم المملكة الأردنية الهاشمية إما لمخالفتها للنظام العام أو الآداب العامة.

٢: يجوز للمحكمة أيضاً أن ترفض الاستدعاء المقدم إليها بطلب تنفيذ حكم صادر من إحدى محاكم أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية.

المادة ٨- تسري أحكام قانون أصول المحاكمات الحقوقية على الدعاوي التي تقام وفق هذا القانون.

المادة ٩- تنفذ الأحكام الصادرة بموجب هذا القانون بالطريقة التي تنفذ فيها الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية.

المادة ١٠- تلغى القوانين التالية:

١. قانون (تبادل تنفيذ الأحكام لسنة ١٩٢٢) الفلسطيني.

٢. قانون (أصول الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٢٨) الفلسطيني.

المادة ١١- رئيس الوزراء ووزير العدلية مكلفان بتنفيذ أحكام هذا القانون.

خامساً- قانون المقاطعة الاقتصادية وحظر التعامل مع العدو

رقم ١١ لسنة ١٩٩٥

المادة ١- يسمى هذا القانون (قانون المقاطعة الاقتصادية وحظر التعامل مع العدو لسنة ١٩٩٥) ويعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية - نشر في العدد ٤٠٢ من الجريدة الرسمية في ١٦/٨/١٩٩٥-.

المادة ٢- أ- على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر لمجلس الوزراء أن يقرر اعتبار أي دولة أو هيئة أو شخص جهة معادية للمملكة يحظر التعامل معها وفق أحكام هذا القانون.

ب- لمجلس الوزراء أن يحدد بموجب تعليمات يصدرها الأمور المحظور التعامل بها مع الجهات المعادية للمملكة والمواد التي يشملها الحظر، والقيود والشروط المفروضة على ذلك التعامل، والاستثناءات من الحظر.

المادة ٣- لمجلس الوزراء أن يقرر إعلان المقاطعة الكلية أو الجزئية لأي دولة أو جهة أو شخص ويحدد مدى هذه المقاطعة والأمر والمواد التي تشملها والشروط والقيود المتعلقة بها، والاستثناءات منها بموجب تعليمات يصدرها المجلس.

المادة ٤- تنشر القرارات والتعليمات التي تصدر بمقتضى أحكام المادتين ٢ و ٣ من هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل بها من التاريخ الذي يحدده مجلس الوزراء فيها.

المادة ٥- لرئيس الوزراء أن يعين حارساً على الأموال المنقولة وغير المنقولة الموجودة في المملكة العائدة للجهة المعادية وتحدد مهام الحارس وصلاحياته والأحكام والإجراءات الخاصة بتلك الأموال وحفظها والتصرف بها والنفقات والتعويضات التي تستحق لتلك الأموال أو تترتب عليها بموجب نظام يصدر بمقتضى هذا القانون.

المادة ٦- أ- بالإضافة لما ورد في قانون إيجار وبيع الأموال غير المنقولة من الأجانب رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٣م وقانون تصرف الأشخاص المعنويين في الأموال غير المنقولة ٦١ لسنة ١٩٥٣م لا يجوز السماح لأي شخص أجنبي طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية إحدى الدول العربية أن يشتري أو يستأجر أو يملك بشكل مباشر أو غير مباشر أية أموال غير منقولة في المملكة إلا بتوفر الشروط التالية:-

١- أن لا تحظر تشريعات أو ممارسات الدولة أو الدول التي يحمل طالب التملك أو الاستئجار جنسيتها تملك الأردنيين أو استئجارهم للأموال غير المنقولة فيها وأن لا تكون هناك عوائق عملية تحول دون تمتع الأردنيين بهذه الحقوق.

٢- أن يستثمر العقار بشكل عملي خلال مدة خمس سنوات من تاريخ التملك أو الاستئجار.

٣- أن لا يؤدي ذلك التملك أو الاستئجار أو أي نشاط مرتبط بهما إلى التأثير على الأمن الوطني.

٤- أن يحصل على موافقة مجلس الوزراء بتنسيب من وزير المالية -
الأراضي.

ب- يحظر تملك الأشخاص المعنويين والأجانب الأموال غير المنقولة لغايات
الاستثمار الزراعي سواء كانوا مسجلين في المملكة أو غير مسجلين وبغض
النظر عن غايات الشخص المعنوي.

ج- إذا فقد الشخص المشار إليه في الفقرة ١- أي شرط من الشروط الواردة
فيها يباع العقار أو تلغى الإجارة وفق التعليمات التي يصدرها مجلس الوزراء
لهذه الغاية.

د- تنشر التعليمات والقرارات الصادرة عن مجلس الوزراء بموجب هذه المادة
في الجريدة الرسمية.

المادة ٧- لا يجوز لأي أردني نقل ملكية العقار أو إنشاء أي حق تصرف أو انتفاع أو
ارتفاع عليه بعقود رسمية أو عرفية أو بوكالة وذلك فيما يتعلق بالعقارات
المشار إليها في الفقرة ٢- من المادة ٣- من معاهدة السلام الأردنية
الإسرائيلية، إلا لأردني آخر وإذا كان المشتري غير أردني يشترط الحصول
على موافقة مجلس الوزراء.

المادة ٨- كل من يخالف أحكام هذا القانون يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة أو بغرامة لا
تقل عن ألف دينار ولا تزيد على عشرة آلاف دينار أو بكليتا العقوبتين
ومصادرة المواد المضبوطة في الجريمة.

المادة ٩- تلغى القوانين التالية والتعديلات التي طرأت عليها:-

أ- قانون منع بيع العقار للعدو - ٣٠- لسنة ١٩٧٣م.

ب- القانون الموحد لمقاطعة إسرائيل رقم ١٠- لسنة ١٩٥٨م.

ج- قانون منع الإتجار مع إسرائيل رقم ٦٦- لسنة ١٩٥٣م.

سادساً- المادة (١/١٠٣) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢م

تمارس المحاكم النظامية اختصاصاتها في القضاء الحقوقي والجزائي وفق أحكام
القوانين النافذة المفعول في المملكة على أنه في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أو في
الأمور الحقوقية والتجارية التي قضت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون بلاد أخرى
بشأنها ينفذ ذلك القانون بالكيفية التي ينص عليها القانون.

سابعاً- المواد (٢٧، ٢٨، ٢٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية

رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م

المادة ٢٧- ١- تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على
جميع الأشخاص في المواد المدنية باستثناء المواد التي قد يفوض فيها
حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون
آخر.

- ٢- تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولولم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً.
- ٣- إذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلة في اختصاصها فإنها تكون مختصة أيضاً بالفصل في المسائل والطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها.
- كما تختص المحاكم الأردنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الأردن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.
- المادة ٢٨- تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن وذلك في الأحوال الآتية:
- ١- إذا كان له في الأردن موطن مختار.
 - ٢- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيه.
 - ٣- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الأردن.
- المادة ٢٩- إذا لم يحضر المدعى عليه وكانت المحاكم الأردنية غير مختصة بنظر الدعوى طبقاً للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها.

ثبت المصادر أولاً- الكتب باللغة العربية

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الدكتور أحمد مسلم، المركز القانوني للأجانب. القاهرة، ١٩٥٢.
- ٣- الدكتور أحمد مسلم - القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - القاهرة / ١٩٥٤.
- ٤- الدكتور آدمون نعيم - القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان - بيروت / ١٩٦١.
- ٥- الدكتور ثروت علي عبد الرحيم - القانون البحري العراقي - الجزء الأول. مطبعة حداد - البصرة / ١٩٦٩.
- ٦- الدكتور جابر جاد عبد الرحمن - إبعاد الأجنبي - رسالة دكتوراه في القانون - القاهرة / ١٩٤٧.
- ٧- الدكتور جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص العربي - القاهرة / ١٩٥٩.
- ٨- الدكتور جابر إبراهيم الراوي - أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي. مطبعة الحكم المحلي - بغداد / ١٩٨٠.
- ٩- جبرائيل البنا - دروس في القانون الروماني. الطبعة الأولى - مطبعة الإرشاد - بغداد / ١٩٤٩.
- ١٠- الدكتور حامد زكي - أصول القانون الدولي الخاص المصري. الجزء الثاني. الطبعة الثالثة - القاهرة / ١٩٥٤.
- ١١- حامد مصطفى - مبادئ القانون الدولي الخاص. الجزء الأول. الطبعة الثانية - بغداد / ١٩٧٠.
- ١٢- الدكتور حسن الجلبي - الوجيز في القانون الدولي العام - بغداد / ١٩٧٨ م.
- ١٣- الدكتور حسن كيرة - محاضرات في المدخل للقانون - القاهرة / ١٩٥٤.
- ١٤- الدكتور حسن الهداوي - الوجيز في القانون الدولي الخاص - الجنسية - بغداد / ١٩٦٢.
- ١٥- الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمواطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - الجزء الأول - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢.
- ١٦- الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - الجزء الثاني. تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢.
- ١٧- داود محمود رامز - القنصل - بغداد / ١٩٦٤.
- ١٨- الدكتور سمير السيد تناعو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - القاهرة، بلا تاريخ طبع.

- ١٩- الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك، شرح أحكام قانون الإجراء الأردني. الطبعة الأولى- الروزنا للطباعة - إربد / ١٩٩٦.
- ٢٠- الدكتور شهاب توما منصور- شرح قانون العمل- دراسة مقارنة- الطبعة الخامسة-بغداد/ ١٩٧٣.
- ٢١- الدكتور شمس الدين الوكيل- الموجز في الجنسية ومركز الأجانب. الطبعة الثانية- الاسكندرية/ ١٩٦٦.
- ٢٢- الدكتور شمس الدين الوكيل -مبادئ القانون- الطبعة الأولى- القاهرة / ١٩٦٨.
- ٢٣- الدكتور صبيح مسكوني- القانون الروماني. الطبعة الأولى- مطبعة شفيق- بغداد / ١٩٦٨.
- ٢٤- الدكتور طه باقر- مقدمة في تاريخ الحضارات القديمة- القسم الثاني - بغداد/ ١٩٥٦.
- ٢٥- عبد الرحمن البزاز- مبادئ أصول القانون. مطبعة العاني - بغداد/ ١٩٥٤.
- ٢٦- عبد الحميد أبو هيف - القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر. الطبعة الأولى- القاهرة/ ١٩٥٠.
- ٢٧- عبد الباقي البكري وزهير البشير- المدخل لدراسة القانون- مطبعة التعليم العالي في الموصل / ١٩٨٩.
- ٢٨- عبد القادر أفندي السنوي- حقوق الدول الخاصة- مطبعة دار السلام - بغداد/ ١٩٣٢.
- ٢٩- المحامي عبد العزيز السهيل - أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني. الجزء الأول- الطبعة الأولى- بغداد / ١٩٦٢.
- ٣٠- الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت - أصول القانون- القاهرة / ١٩٤١.
- ٣١- الدكتور عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص. الجزء الأول. الطبعة الأولى - القاهرة / ١٩٦٩.
- ٣٢- الدكتور علي محمد بدير - المدخل لدراسة القانون- دار الطباعة الحديثة- البصرة / ١٩٦٥.
- ٣٣- الدكتور علي صادق أبو هيف- القانون الدولي العام. الطبعة الخامسة- القاهرة / ١٩٥٩.
- ٣٤- الدكتور غالب علي الداودي:
 - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية - مطبعة أديب - البصرة / ١٩٦٤.
 - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص- دار الطباعة الحديثة- البصرة / ١٩٦٥.
 - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثالث- دار الطباعة الحديثة- البصرة / ١٩٦٦.
 - شرح قانون العقوبات العراقي- القسم العام- دار الطباعة الحديثة- البصرة / ١٩٦٩.

- مذكرات في مبادئ القانون - مسحوبة بالرونو - مكتبة خدمة العلم - الرياض / ١٩٧١.
- النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي. دار الحرية للطباعة - بغداد / ١٩٧٦.
- القانون الدولي الخاص - النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية، الطبعة الثانية - دار الحرية للطباعة - بغداد / ١٩٧٨.
- القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢.
- القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية - دراسة مقارنة، مطبعة الروزنا - إربد / ١٩٩٤.
- المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - مطبعة الروزنا - إربد / ١٩٩٥.
- شرح قانون العمل الأردني - دراسة مقارنة - مكتبة الفجر - إربد / ١٩٩٩.
- ٣٥- الدكتور فاضل محمد زكي - الدبلوماسية في النظرية والتطبيق - بغداد / ١٩٦٠.
- ٣٦- الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض - مبادئ القانون الدولي الخاص في القانونين اللبناني والمصري. الجزء الأول - بيروت / ١٩٦٩.
- ٣٧- الدكتور فؤاد شباط - المركز القانوني للأجانب في سوريا - دمشق / ١٩٦٥.
- ٣٨- الدكتور فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - دار الحكمة للطباعة والنشر - بغداد / ١٩٦١.
- ٣٩- كاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المدخل لدراسة القانون - مطبعة مؤسسة المعاهد الفنية - بغداد / ١٩٨٦.
- ٤٠- الدكتور ماجد الحلواني - الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة، الجزء الأول. الطبعة الأولى - دمشق / ١٩٦٠.
- ٤١- ميشيل فيليه - القانون الروماني. ترجمة الدكتور هاشم الحافظ - مطبعة الإرشاد - بغداد / ١٩٦٤.
- ٤٢- الدكتور محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - الطبعة الخامسة - القاهرة / ١٩٦٠.
- ٤٣- الدكتور محمود السرطاوي - شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني - الطبعة الأولى - دار العدوى للطباعة والنشر والتوزيع - عمان / ١٩٨١.
- ٤٤- الدكتور محمد كمال فهمي - أصول القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - الإسكندرية / ١٩٥٥.
- ٤٥- السيد محمد إبراهيم - الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة بالجنسية في دول الخليج / ١٩٧٨.
- ٤٦- الدكتور مرتضى نصر الله - مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري - مطبعة النعمان - النجف الأشرف / ١٩٦٢.

- ٤٧- مصطفى كمال طه- مبادئ القانون البحري- الطبعة الثالثة- الدار الجامعية القاهرة، بلا تاريخ طبع.
- ٤٨- الدكتور مصطفى كامل ياسين - مذكرات في القانون الدولي الخاص- مسحوبة بالرونيتو- بغداد / ١٩٥٦.
- ٤٩- الدكتور مفلح عواد القضاة - أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء الأردني. دراسة مقارنة - الطبعة الثانية- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان / ١٩٩٢.
- ٥٠- الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. مطبعة الحكومة - بغداد / ١٩٧٢.
- ٥١- نيبويه - موجز الحقوق الدولية الخاصة- ترجمة سامي الميداني. الطبعة الرابعة- دمشق / ١٩٢٩.
- ٥٢- هارولد نيكولسون - الدبلوماسية عبر العصور - ترجمة - بيروت، بلا تاريخ طبع.
- ٥٣- الدكتور هاشم الحافظ. تاريخ القانون - دار الحرية للطباعة- بغداد / ١٩٨٠.
- ٥٤- الدكتور هشام علي صادق. تنازع القوانين - منشأة المعارف - القاهرة / ١٩٤٧.

ثانياً - الكتب باللغة الأجنبية

- 1- Dr. Erigin Nomer, Teb'a Ile Yabncinin Hukuk Musavati- Istanbul- 1962.
- 2- Ilhan Postacioglu, Medeni Usul Hukuku Dersleri. 4 Basi. Istanbul- 1968.
- 3- Erdog Goger, Devletler Hususi Hukuku Kanunlar ihtilafi. Istanbul- 1971.
- 4- Paul Koschaker, Modern Hususi Hukukunun ana Hatlari, Turkeeye Ceviiiren. Dr. Kudert Ayiter. Istanbul - 1961.
- 5- Prof. Dr. Yilmaz Altug, Devletler Hususi Hukukunda Yargi Yetkisi- Istanbul - 1973.
- 6- Prof. Dr. Seha L. Meray, Savas ve Baris Hukuku - Ankara Basimevi- 1967.
- 7- Suphi Nuri Ileri, Yasalarin Catismasi - Istanbul 1934.
- 8- Prof. Dr. Sakir Berki, Tatbiki Devletler Hususi Hukuku. 2 Bas Cilt 1. Istanbul - 1947.
- 9- Feyzioglu- Dogany - Aybay, Medeni Hukuk Dersleri. Birinci Cilt. 3 Basi.
- 10- Muammer Rasit Sevig, Turkiye Cumhuriyeti Kanunlar ihtilfi Kaidelerin sentezi- Istanbul - 1956.
- 11- Muammer Rasit Sevig, Devletler Hususi Hukuku. 2 Basi. Cilt1. Istanbul - 1947.
- 12- Mustafa Rasit Belgesay, Devletler Hususi Hukukunda Adliy. Istanbul- 1937.
- 13- Abdulhak Kemal Yoruk Nazari ve Ameli Devleter Hususi Hukuku. K. 1. Basi 2. Istnbul. 1950.
- 14- Nusert Metya, Devletler Hususi Hukuku Ders Notlari. Istnbul - 1942.
- 15- Nusret Metya, Kanun Ihtilaflari ve Muhtelif Sistemler Istanbul- 1941.
- 16- Prof. Dr. Hicri Fisek, Gayri Sahih Nessepten Dogan Kanun Ihtilafari - Istanbul. 1954.
- 17- Dr. Omer Ilhan Akipek, Devletler Hukuku. Ikinci Kitap. 2 Basi. Ankara - 1965.
- 18- Dr. Kudret Ayiter, Roma Hukuku Dersleri - Aile Hukuku Ikneci Basi- Ankara - 1963.
- 19- Prof. Dr. Vedat Rasit Sevig, Kanunlar Ihtitlafi - Yasama ve Yargilama Catismalri. Sulhi Garan Mtbaasi - Istanbul - 1970.
- 20- Prof. Dr. Osman Berki, Kanuni Miras ve Olume Bagli Tasruflardan Dogan Kanun Ihtilaflari - Ankara - 1960.
- 21- Prof. Dr. Osaman Berki, Devletler Hususi Hukuku. Cilt 1. Basi 4- Ankara - 1961.
- 22- Prof. Dr. Osman Berki ve Hilmi Erguney, Kanun Ihtilaflari- Istanbul - 1965.
- 23- Rabi Koral, Hususi Hukukta Miletleraras Hekem Karararinin Icrasi - Istanbul- 1958.
- 24- Prof. Dr. Aysel Celikel ve Prof. Dr. Cemal Sanli, Turk Miletlerarasi Ozel Hukuku Mevzuati, 8 Basi, Beta Basim Yayim. Istanbul, 1998.

ثالثاً - البحوث باللغة العربية

- ١- الدكتور غالب علي الداودي- تنفيذ الأحكام الأجنبية- مجلة القانون المقارن. العدد الرابع عشر. السنة التاسعة / ١٩٨٢ - ص ١٨٤ - ٢١٠.
- ٢- الدكتور غالب علي الداودي- الآثار القانونية للتبني والضم في قوانين الأحداث والأحوال الشخصية والجنسية العراقية- مجلة القانون المقارن- العدد الخامس عشر. السنة العاشرة / ١٩٨٣ ص ٦ - ٥٦.

٣- الدكتور غالب علي الداودي والدكتور عدنان سرحان- الموطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن - مجلة دراسات. علوم الشريعة والقانون - المجلد ٢٤، العدد ٢، كانون الأول، ص ٢٥٣-٢٧٥، ١٩٩٧- الجامعة الأردنية.

رابعاً- البحوث باللغة الأجنبية

- 1- Mustafa Rasit Belgasa, Babalik Davasi ve Ihtilafi Kavanin (Ist. Bar. Mee. 1932).
- 2- Prof. Dr. Osman Berki, Miras ve Vasiyete Tatbik Edilecek Kanun (Ank . Huk. Fak. Der. say. 4- 1944).
- 3- Prof. Dr. Osman Berki, Vatansizlik (Ank , Der. Say. 1-4 1952).
- 4- Prof. Dr. Osman Berki, Devletler Hususi Hukukunda Amme Intizami (Izmir Burosu Dergisi - say. 127. 1942).
- 5- Le Reepe, Fransiz Devletler Hususi Hukukuile Karsilastirmak Sureteiyle Alman Devletler Hususi Hukukunun Ana Hatlari (Siyasi Ilimler. Mee 1942. No.135. 138.19).
- 6- Jale Akipek, Lahay Devleetler Hususui Hukuku Konfernsi ve sekizincii etimai (Ad. Der. 1952. say.3).
- 7- Mummer Rasti Sevig, Turk Kanunlarinin Nufuz Sahasi (Is .Huk .Fak. Mec. 1942).
- 8- Suphi Nuri Ileri, Atif Nazariyesinin Yeni Bir Tatbiki (Ist. Bar. Mee. 1939).
- 9- Dr. Yasar Karayalein, Devleetler Hususi Hukukunda Atif (Ad, Der.1945).
- 10- Timur Hifzi, Devletler Hususi Hukukunda Amme Intizami (Ist. Huk. Fak. Mee. 1941-No.45).
- 11- Pillet, Kara Avrupa Hukukunda Kanunlar Ihtilafi Nazariyesi - Tere. Hieri Fisek (Ank. Huk. Fak. Der. 1950. say.1-2).

المؤلف في سطور

- ولد عام ١٩٣٢م في قرية افتخار من قرى الداودية بمحافظة التأميم في جمهورية العراق.
- حصل على شهادة الليسانس في الحقوق من كلية الحقوق ببغداد عام ١٩٥٦.
- حصل على شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الخاص من جامعة أنقرة بتركيا عام ١٩٦٤.
- كلف بتأسيس جامعة البصرة بموجب الأمر الجامعي المرقم ٢٠٣٥٥ الصادر من رئيس جامعة بغداد في ١٣/٩/١٩٦٤.
- تولى الإشراف على تأسيس جامعة البصرة وتولى عدة مناصب فيها للفترة من ١٩٦٥ لغاية ١٩٦٩، منها عميد كلية الحقوق نائب رئيس جامعة بغداد في البصرة ورئيس الجامعة بالوكالة وعضو المجلس الأعلى للجامعات العراقية.
- انتدب للتدريس في جامعة الرياض من سنة ١٩٦٩ لغاية ١٩٧٢.
- التحق بكلية القانون والسياسة في جامعة بغداد بصفة تدريسي عام ١٩٧٣ بعد انتهاء مدة انتدابه إلى جامعة الرياض.
- تولى رئاسة قسم القانون ورئاسة فرع القانون الدولي الخاص ورئاسة لجنة الدراسات العليا في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد عدة مرات اعتباراً من سنة ١٩٨٢.
- انتدب إلى جامعة باتنه في الجزائر أستاذاً زائراً لتدريس طلبة القانون والسياسة والماجستير في معهد الحقوق والعلوم الإدارية عام ١٩٨٢.
- شارك في عدة مؤتمرات علمية داخل العراق وخارجه ومثل جمهورية العراق في هذه المؤتمرات.
- انتدب إلى تونس عام ١٩٨٥ خبيراً للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب في الاجتماع الثاني لمدراء الهجرة والجوازات والجنسية وإقامة الأجانب.
- تولى رئاسة وعضوية لجان إعداد لوائح القوانين والأنظمة والتعليمات الجامعية، والتخطيط الجامعي، والترقية العلمية والتعيين لأعضاء هيئة التدريس، والتعويض والبحث العلمي والتعريب والكتب المنهجية، وتدريب الطلبة، وتطوير المناهج في جامعات البصرة وبغداد في العراق، ومؤتة وجرش الأهلية في الأردن للفترة من ١٩٦٥ لغاية اليوم.
- ترأس المخيم العلمي بين جامعة البصرة وجامعة الإسكندرية عام ١٩٦٦ في مصر.
- ترأس عدة وفود طلابية رسمية في جامعة البصرة إلى تركيا ومصر والكويت والمملكة العربية السعودية.
- تولى تدريس قانون العقوبات وعلم الإجرام والعقاب والمدخل إلى علم القانون وقانون الجنسية ومركز الأجانب وقانون العمل والقانون الدولي الخاص وأحكام المقاولات والحقوق العينية الأصلية في كليات وجامعات عراقية وعربية مختلفة منها، كلية تجارة البصرة وكلية الحقوق وكلية الهندسة في جامعة البصرة، وكلية التجارة وكلية الهندسة في جامعة الرياض بالمملكة العربية السعودية، وقسم القانون وقسم السياسة في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، وكلية الشرطة والمعهد العالي لضباط قوى الأمن

الداخلي وكلية القوة الجوية في العراق، وكلية القانون في جامعة صلاح الدين ومعهد الإدارة العدلية في أربيل والمعهد الفني في كركوك ومعهد الحقوق والعلوم الإدارية في جامعة باتنه في الجزائر، وكلية الحقوق في جامعة مؤتة وقسم القانون في كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية في جامعة اليرموك وكلية الحقوق في الجامعة الأردنية وكلية الحقوق في جامعة إربد الأهلية وكلية الحقوق في جامعة جرش الأهلية بالملكة الأردنية الهاشمية.

- أشرف على عدة رسائل ماجستير ودكتوراه في القانون الجنائي والقانون الدولي الخاص في جامعة بغداد وعلى عدة بحوث في المعهد القضائي والمعهد العالي لضباط قوى الأمن الداخلي في العراق.

- كوفيء بكتب شكر وتقدير لجهوده العلمية من عميد كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، وعميد كلية القانون في جامعة صلاح الدين، وعميد كلية الشرطة، ومدير المعهد العالي لضباط قوى الأمن الداخلي، وأمر كلية القوة الجوية العراقية، وعميد المعهد الفني في كركوك، ورئيس المجمع العلمي العراقي، ورئيس جامعة بغداد وعميد كلية التجارة في جامعة الرياض والأمين العام لمجلس وزراء الداخلية العرب في تونس. وكوفيء بجوائز عينية من السيد رئيس جمهورية العراق، ورئيس جامعة بغداد، وعميد كلية القانون في جامعة صلاح الدين، ومدير المعهد العالي لضباط قوى الأمن الداخلي، وعميد كلية الشرطة في بغداد، وعميد المعهد الفني في كركوك، وعميد معهد الحقوق والعلوم الإدارية في جامعة باتنه بالجزائر، والأمين العام لمجلس وزراء الداخلية العرب في تونس.

- أحيل على التقاعد بناء على طلبه بمرتبة استاذ مشارك في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد بتاريخ ١٩٨٥/٩/١.

- عمل محامياً للفترة من ١٩٨٥/٩/١ لغاية ١٩٩١/٩/١ في العراق.

- عين محاضراً متفرغاً في كلية الحقوق بجامعة مؤتة في ١٩٩١/١٠/١٢.

- عين أستاذاً مشاركاً في قسم القانون بكلية الاقتصاد والعلوم الإدارية في جامعة اليرموك اعتباراً من ١٩٩٢/٩/١.

- عين أستاذاً مشاركاً في كلية الحقوق بجامعة جرش الأهلية اعتباراً من ١٩٩٩/١٠/١.

- وصدرت له المؤلفات الآتية:

أولاً- كتب نشرت له في الأدب والتاريخ والاجتماع والسياحة في مرحلة الدراسة الاعدادية والجامعية قبل حصوله على شهادة الليسانس في الحقوق عام ١٩٥٦

وهي:

١- الداودية ماضيها وحاضرها - المطبعة الحيدرية - النجف الأشرف / ١٩٥٠ (نفذ).

٢- ثلاثون يوماً في تركيا - مطبعة أسعد - بغداد / ١٩٥٤ (نفذ).

٣- يا ظالمني. قصة أدبية طويلة - مطبعة أسعد - بغداد / ١٩٥٥ (نفذت).

٤- خاتمة المطاف. قصة أدبية طويلة - مطبعة أسعد - بغداد / ١٩٥٥ (نفذت).

- ثانياً- كتب نشرت له في القانون والعلوم السياسية بعد حصوله على شهادة الدكتوراه في القانون من جامعة أنقرة عام ١٩٦٤ وهي:
- ١- مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الأول- مطبعة أديب - البصرة / ١٩٦٤ (نقد هذا الكتاب).
 - ٢- مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثاني - مطبعة حداد- البصرة/ ١٩٦٥ (نقد هذا الكتاب أيضاً).
 - ٣- نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - دار الطباعة الحديثة - البصرة / ١٩٦٥ (ساعدت جامعة البصرة على نشر هذا الكتاب ونقد أيضاً).
 - ٤- نظام الانتداب وجريمة فلسطين - دار الطباعة الحديثة- البصرة / ١٩٦٥ (نقد أيضاً).
 - ٥- مذكرات في العلوم الإنسانية- دار الطباعة الحديثة - البصرة / ١٩٦٥ (نقد هذا الكتاب أيضاً).
 - ٦- شرح قانون العقوبات العسكري وقانون أصول المحاكمات العسكرية وفقاً لمنهج كلية القوة الجوية العراقية- مطبعة حداد - البصرة / ١٩٦٦ (ساعدت كلية القوة الجوية على نشر هذا الكتاب ونقد أيضاً).
 - ٧- مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثالث. دار الطباعة الحديثة - البصرة / ١٩٦٦ (نقد هذا الكتاب أيضاً).
 - ٨- شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام. دار الطباعة الحديثة- البصرة / ١٩٦٩ (ساعدت جامعة البصرة على نشر هذا الكتاب ونقد أيضاً).
 - ٩- القانون الدولي الخاص السعودي - مطبوع بالرونيو - مؤسسة خدمة العلم - الرياض / ١٩٧١.
 - ١٠- مذكرات في مبادئ القانون- مطبوع بالرونيو - مؤسسة خدمة العلم - الرياض/ ١٩٧٢.
 - ١١- القانون الدولي الخاص. النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية. الطبعة الأولى- مطبعة أسعد - بغداد / ١٩٧٤ (ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب ونقد أيضاً).
 - ١٢- القانون الدولي الخاص. النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي. الطبعة الأولى- دار الحرية للطباعة- بغداد / ١٩٧٦ (ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب ونقد أيضاً).
 - ١٣- القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ (طبع هذا الكتاب على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق).
 - ١٤- القانون الدولي الخاص - الجزء الأول-الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي بالاشتراك مع الدكتور حسن محمد الهداوي - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ١٩٨٢ (طبع هذا الكتاب على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق).
 - ١٥- القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - بالاشتراك مع الدكتور محمد حسن الهداوي - مطابع مديرية

- دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/ ١٩٨٢ (طبع هذا الكتاب على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق).
- ١٦- القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الثاني في الجنسية الأردنية - مطبعة الروزنا - إربد / ١٩٩٤.
- ١٧- المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - مطبعة الروزنا - إربد / ١٩٩٥.
- ١٨- القانون الدولي الخاص الأردني - الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة - مطبعة الروزنا، إربد / ١٩٩٦.
- ١٩- شرح قانون العمل الأردني - دراسة مقارنة - مكتبة الفجر - إربد ١٩٩٩.
- ونشرت له البحوث الآتية:
- ١- أموال الأسرى - مجلة القوة الجوية العراقية. العدد السادس. كانون الثاني / ١٩٦٥.
- ٢- مدى سريان القانون الجنائي من حيث المكان بالنسبة للجرائم التي ترتكب داخل السفن والطائرات والأقمار الصناعية - مجلة الأقاليم العراقية. الجزء السابع. السنة الثانية. آذار / ١٩٦٦.
- ٣- تأثير الزواج على جنسية المرأة المتزوجة من أجنبي في القانون العراقي والتركي - مجلة الأقاليم العراقية. الجزء الثاني عشر. السنة الثانية. آب / ١٩٦٦.
- ٤- مقومات الأمة العربية - التاريخ - مجلة جامعة البصرة. العدد الأول والثاني. السنة الأولى / ١٩٦٨.
- ٥- بعض الجرائم المخلة بالانتظام والشرف العسكري - مجلة القوة الجوية العراقية. العدد السابع. نيسان / ١٩٦٧.
- ٦- السفن الحربية وإقليم الدولة - مجلة قيادة القوة البحرية العراقية. العدد الأول. السنة الأولى. آب / ١٩٦٧.
- ٧- العنوان التجاري في القانونين العراقي والتركي - مجلة التاجر لغرفة تجارة البصرة. العدد الأول. السنة الأولى. آب / ١٩٦٧.
- ٨- التجنس في القانونين العراقي والتونسي - مجلة القانون والاقتصاد لهيئة القانون والاقتصاد في جامعة البصرة. العدد الأول والثاني. السنة الأولى. أيلول / ١٩٦٨.
- ٩- حل رموز الكتابة الهيروغليفية - مجلة الأقاليم العراقية. العدد الأول. السنة الخامسة. أيلول / ١٩٦٨.
- ١٠- حلول بعض المسائل في القانون الدولي الخاص السعودي. مجلة كلية التجارة في جامعة الرياض. العدد الأول. السنة الأولى. أيلول / ١٩٧١.
- ١١- أسباب ازدواج الجنسية في القانون الدولي الخاص السعودي - مجلة كلية التجارة في جامعة الرياض. العدد الثاني. السنة الأولى. آذار / ١٩٧٢.
- ١٢- تنفيذ الأحكام الأجنبية - مجلة القانون المقارن. العدد الرابع عشر. السنة التاسعة / ١٩٨٢.

١٣- شروط التجنس في قوانين دول الخليج العربي. مجلة التوثيق الإعلامي لمركز التوثيق الإعلامي في دول الخليج العربي. المجلد الأول. العدد الرابع. السنة الأولى / ١٩٨٢.

١٤- الآثار القانونية للتبني والضم في قوانين الأحداث والأحوال الشخصية والجنسية العراقية - مجلة القانون المقارن. العدد الخامس عشر السنة العاشرة / ١٩٨٣.

١٥- دراسة مقارنة لقوانين الجنسية في الدول العربية - من وثائق الاجتماع الثاني لمدراء الهجرة والجوازات والجنسية في الدول العربية الذي عقد في تونس للفترة من ٦ - ١٩٨٥/٧/٨.

١٦- دراسة مقارنة لقوانين الإقامة في الدول العربية - من وثائق الاجتماع الثاني لمدراء الهجرة والجوازات والجنسية في الدول العربية الذي عقد في تونس للفترة من ٦ - ١٩٨٥/٧/٨.

١٧- المواطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن بالاشتراك مع الدكتور عدنان السرحان- مجلة (دراسات) للجامعة الأردنية. المجلد ٢٤ علوم الشريعة والقانون. العدد ٢ كانون الأول ١٩٩٧.

١٨- أثر تقنية الإنجاب وخاصة استئجار الرحم من النواحي الشرعية والقانونية والاجتماعية مجلة أبحاث اليرموك - سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية لجامعة اليرموك، المجلد الثالث عشر، العدد الرابع ١٩٩٨.

١٩- ازدواج الجنسية في القانون الأردني والمقارن- مجلة البلقاء والدراسات لجامعة عمان الأهلية، المجلد الخامس، العدد الثاني، نيسان ١٩٩٨.

٢٠- الأقارب والأبعد في لغة القانون، مجلة كلية المعلمين في الجامعة المستنصرية العدد ١٢، السنة الثالثة- بغداد - كانون الأول ١٩٩٧.

- رسائل الماجستير والدكتوراه في القانون التي أشرف عليها أو اشترك في عضوية لجان مناقشتها أو ترأس لجان مناقشتها.

أ. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب سهيل حسين علوان الفلاوي إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في القانون العراقي - دراسة مقارنة) عام ١٩٧٩.

ب. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب عبد الأمير حسن جنيح إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (الإفراج الشرطي في العراق - دراسة مقارنة) عام ١٩٧٩.

ج. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب صالح عبد الزهرة الحسون إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (أحكام التفيتش وآثاره في القانون العراقي- دراسة مقارنة) عام ١٩٧٩.

د. مشرف استشاري وعضو مناقش في رسالة قدمها الطالب محمد شلال حبيب إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (الخطورة الإجرامية - دراسة مقارنة) عام ١٩٧٩.

- هـ. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب عامر أحمد المختار إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (ضمان سلامة أحكام الفقه الجنائي) عام ١٩٨٠.
- و. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب ضاري خليل محمود إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (أثر العاهة العقلية في المسؤولية الجنائية - دراسة مقارنة) عام ١٩٨٠.
- ز. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب محمد عبود نعيمش إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (انقضاء تنفيذ الحكم الجزائي بالتقادم - دراسة مقارنة) عام ١٩٨١ والمشرف المشارك على الرسالة.
- ح. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب صباح كرم شعبان إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (النظرية العامة لجرائم استغلال النفوذ) عام ١٩٨١.
- ط. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب ماهر عبد شويش إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي) عام ١٩٨١.
- ي. مشرف على رسالة قدمها الطالب محمد عبد الجليل الحديثي إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (جرائم التحريض وصورها في الجوانب الخاصة بأمن الدولة الخارجي - وفقاً للتشريع العراقي والمقارن) ورئيس لجنة مناقشتها عام ١٩٨١.
- ك. رئيس لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب محمد فالح حسن إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (دور المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي ضد الجريمة في مكافحة الجريمة - دراسة وصفية وتحليلية نقدية) عام ١٩٨٥.
- ل. مشرف على رسالة قدمها الطالب علي جبار شلال إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (الظروف المشددة العامة - دراسة مقارنة) وعضو لجنة مناقشتها عام ١٩٨٥.
- م. مشرف على رسالة قدمها الطالب حكمت موسى سلمان إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد بعنوان (إطاعة الأوامر العليا وأثرها في المسؤولية الجزائية) للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون، وعضو مناقشتها عام ١٩٨٥.
- ن. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب فؤاد علي سليمان إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (الشهادة في المواد الجزائية - دراسة مقارنة) عام ١٩٨٩.
- س. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب طارق قاسم حرب إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (الجرائم المخلة بالانتظام العسكري في التشريع الجزائي العسكري) عام ١٩٨٠.

- ع. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب عبد الله حسين السعيدى إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (تتازع القوانين من حيث الزمان) عام ١٩٨٠.
- ف. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب كاظم شهد حمزة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (أثر الزواج المختلط في جنسية الزوجة في التشريعات العربية) عام ١٩٨١.
- ص. مشرف على رسالة قدمها الطالب عصام عبد الرحمن الشيخ ظاهر إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (المركز القانوني للدعاء العام العسكري في العراق) عام ١٩٨٣ ورئيساً للجنة مناقشتها.
- ق. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب نبيل حميد إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (تسبيب الأحكام الجزائية - دراسة مقارنة) عام ١٩٨٣.
- ر. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب تميم طاهر أحمد إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة الأمد) عام ١٩٨٨.
- ش. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب علي حمزة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون بعنوان (الظروف القضائية المخففة في التشريع العراقي - دراسة مقارنة) عام ١٩٩٠.
- ت. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب باسم سعيد يونس إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (التحكيم الاختياري وسيلة لفصل منازعات العقود الدولية- دراسة مقارنة) عام ١٩٩٠.
- ث. عضو لجنة مناقشة رسالة قدمها الطالب هادف بو ثلجة إلى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد للحصول على شهادة الماجستير في القانون بعنوان (مركز الأجانب في القانون الدولي العام - دراسة تطبيقية للهجرة الجزائرية إلى فرنسا).

الفهرست

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٣
باب تمهيدي: تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وخصائصه ومصادره وموضوعاته	٤
الفصل الأول: تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وموضوعاته	٤
المبحث الأول: تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره وموضوعاته	٤
المبحث الثاني: موضوعات القانون الدولي الخاص	٧
الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي الخاص ومصادرها	١١
المبحث الأول: طبيعة وخصائص قواعد القانون الدولي الخاص	١١
المبحث الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص	١٨
المطلب الأول: المصادر الداخلية	١٨
المطلب الثاني: المصادر الدولية	٢٤
المطلب الثالث: المصادر العلمية	٣٤
الباب الأول: تنازع القوانين	٣٧
الفصل الأول: التعريف بتنازع القوانين وأنواعه وتطوره التاريخي	٣٧
المبحث الأول: التعريف بتنازع القوانين وأنواعه وتكامله التاريخي	٣٧
المطلب الأول: التعريف بتنازع القوانين وتكامله التاريخي	٣٧
الفرع الأول: التعريف بتنازع القوانين	٣٧
الفرع الثاني: التكامل التاريخي لتنازع القوانين	٣٩
- نظرية الأحوال الإيطالية (مدرسة الحواشي)	٤١
- نظرية الأحوال الفرنسية	٤٢
- نظرية الأحوال الهولندية	٤٣
- نظرية واغجر	٤٤
- نظرية سافنر	٤٥
- نظرية سافيني	٤٥
- نظرية هاوس	٤٧
النظريات الإيطالية الحديثة	٤٧
- نظرية مانشيتي	٤٧
- النظريات الفرنسية الحديثة	٤٨

٤٨	- نظرية بليت.....
	- موقف الشريعة الإسلامية من فكرة تنازع
٤٩	القوانين.....
٥٤	المطلب الثاني: أنواع تنازع القوانين
٥٨	المطلب الثالث: أسباب تنازع القوانين
٥٩	المطلب الرابع: شروط قيام تنازع القوانين الدولي..
٦٤	الفصل الثاني: أساس تطبيق القانون الأجنبي ومراحل.....
٦٤	المبحث الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي.....
٦٥	المبحث الثاني: مراحل تطبيق القانون الأجنبي.....
٦٦	المطلب الأول: التكييف.....
٧٦	المطلب الثاني: الإحالة.....
	الفصل الثالث: القانون الواجب تطبيقه في النزاع المشوب بعنصر
٨٧	أجنبي وفقاً لقواعد الإسناد الأردنية.....
	المبحث الأول: القانون الواجب تطبيقه على حالة مزدوج أو
	متعدد أو عديم الجنسية في التنازع السلبي
٨٧	والإيجابي للجنسيات.....
	المطلب الأول: القانون الواجب تطبيقه على حالة
	عديم الجنسية في التنازع السلبي
٨٨	للجنسيات.....
	المطلب الثاني: القانون الواجب تطبيقه على حالة
	مزدوج أو متعدد الجنسية في
٨٩	التنازع الإيجابي للجنسيات.....
	المبحث الثاني: القانون الواجب تطبيقه على مسائل الأحوال
٩٢	الشخصية.....
٩٣	المطلب الأول: القانون الذي يحكم الأهلية.....
٩٧	المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الخطبة.....
	المطلب الثالث: القانون الذي يحكم الزواج وما
١٠٠	يتعلق به.....
١٠٨	المطلب الرابع: القانون الذي يحكم النسب.....
١١١	المطلب الخامس: القانون الذي يحكم النفقة.....
	المطلب السادس: القانون الذي يحكم الميراث
١١٢	والوصية.....
١١٢	الفرع الأول: القانون الذي يحكم الميراث.
١١٦	الفرع الثاني: القانون الذي يحكم الوصية.
١١٩	المبحث الثالث: القانون الذي يحكم الأموال.....
١١٩	المطلب الأول: القانون الذي يحكم الأموال المادية...

١١٩	أولاً: القانون الذي يحكم العقار.....
١٢١	ثانياً: القانون الذي يحكم الأموال المنقولة.
	ثالثاً: القانون الذي يحكم الأموال ذات الطبيعة الخاصة.....
١٢٣	المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الحقوق المعنوية.
١٢٦	المبحث الرابع: القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية.....
١٢٩	المطلب الأول: مبدأ قانون الإرادة.....
١٣٠	المطلب الثاني: القانون الذي يحكم شكل الالتزام التعاقدية.....
١٣٦	المبحث الخامس: القانون الذي يحكم الالتزامات غير التعاقدية.....
١٣٨	المطلب الأول: القانون الذي يحكم الفعل الضار.....
١٣٨	المطلب الثاني: القانون الذي يحكم الفعل النافع.....
١٤٢	الفصل الرابع: موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص.....
١٤٤	المبحث الأول: النظام العام.....
١٤٤	المطلب الأول: التعريف بالنظام العام والآداب.....
١٤٥	المطلب الثاني: نطاق النظام العام.....
١٤٧	المطلب الثالث: من الذي يحدد ما هو النظام العام...
	المطلب الرابع: آثار النظام العام في القانون الدولي الخاص.....
١٥٠	المبحث الثاني: الغش نحو القانون.....
١٥٢	المطلب الأول: فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون.....
١٥٦	المطلب الثاني: شروط التمسك بالغش نحو القانون..
١٥٧	الفصل الخامس: إثبات القانون الأجنبي وتفسيره.....
١٥٩	المبحث الأول: إثبات القانون الأجنبي.....
١٥٩	المبحث الثاني: تفسير القانون الأجنبي.....
١٦٤	الباب الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي.....
١٧٠	الفصل الأول: الاختصاص القضائي الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص ومعايير ثبوته.....
١٧٢	المبحث الأول: علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالاختصاص التشريعي.....
١٧٣	المبحث الثاني: المعايير العامة في ثبوت الاختصاص القضائي الدولي وحكم القانون الأردني...
١٧٣	أولاً: معايير ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الأصلي.....
١٧٤	

١٧٨	ثانياً: معايير ثبوت الاختصاص القضائي الدولي الطارئ.....
١٨٢	الفصل الثاني: الاستثناءات التي ترد على حرية الدولة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها.....
١٨٢	المبحث الأول: الإعفاء القضائي الممنوح للدول الأجنبية....
١٨٨	المبحث الثاني: الإعفاء القضائي الممنوح لرؤساء الدول الأجنبية.....
١٨٩	المبحث الثالث: الإعفاء القضائي الممنوح للبعثات الدبلوماسية والقنصلية.....
١٩٣	المبحث الرابع: الأشخاص الذين تثبت لهم الحصانة القضائية.....
١٩٩	الباب الثالث: تنفيذ الأحكام الأجنبية وقرارات التحكيم.....
١٩٩	الفصل الأول: الحكم القضائي الأجنبي وأسباب تنفيذه.....
١٩٩	المبحث الأول: التعريف بالحكم القضائي الأجنبي وأساس وشروط الاعتراف به.....
٢٠٠	المطلب الأول: مدى التزام الدول بالاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وتنفيذه.
٢٠٠	المطلب الثاني: أساس قبول تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي.....
٢٠٣	المبحث الثاني: شروط الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي وبقوة تنفيذه.....
٢٠٤	المطلب الأول: شروط الاعتراف بالحكم القضائي الأجنبي.....
٢١٢	المطلب الثاني: شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وآثاره.....
٢١٨	الفصل الثاني: قرار التحكيم الأجنبي.....
٢١٩	المبحث الأول: طبيعة وقوة قرار التحكيم الأجنبي.....
٢٢٠	المبحث الثاني: شروط تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي.....
٢٢١	المبحث الثالث: تنفيذ السندات الرسمية والعادية الأجنبية..
٢٢٣	ملاحق.....
٢٢٣	أولاً- قواعد التنازع في القانون المدني الأردني ومذكرات إيضاحها.....
٢٣١	ثانياً- المادة ١٠١ والمادة ١٠٢ من القانون المدني.....
٢٣١	ثالثاً- قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١.....